Crim.
160 Kxd
Löffler
89
E i A

<36633664340018

<36633664340018

Bayer. Staatsbibliothek

1/1

DIE

# SCHULDFORMEN DES STRAFRECHTS

IN VERGLEICHEND-HISTORISCHER UND

DOGMATISCHER DARSTELLUNG.

Von

**Dr. ALEXANDER LÖFFLER.**

BAND I. DIE ENTWICKLUNG DES GELTENDEN RECHTS.

ABTEILUNG I. DEUTSCHLAND UND ÖSTERREICH.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

LEIPZIG,
VERLAG VON C. L. HIRSCHFELD.
1895.

6299

Verlag von **C. L. Hirschfeld** in **Leipzig.**

# Das Reichspreßrecht.

Nach Gesetz und Rechtsprechung
für die Bedürfnisse der Rechtsanwendung
wissenschaftlich dargestellt
von
**Dr. P. Kloeppel,**
Rechtsanwalt beim Reichsgericht,
Privatdozent an der Universität Leipzig.

Preis *M.* 11.50, in elegantem Halbfranz-Einband *M.* 13.50.

---

# Das deutsche Zollstrafrecht.

Die zollstrafrechtlichen Vorschriften des Deutschen Reichs,
unter besonderer Berücksichtigung
**ihrer Beziehungen zum Strafgesetzbuche und zur Strafprozeßordnung**
sowie der
Rechtsprechung des Reichsgerichts
erläutert von
**Dr. Ernst Löbe,**
Königlich Sächsischem Zoll- und Steuerdirektor.

**Zweite vollständig neubearbeitete Auflage.**

Preis *M.* 7.50.

---

# Das Deutsche Urheberrecht

**an literarischen, künstlerischen und photographischen Werken.**

**Die Reichsgesetze**
über das
Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen, dramatischen Werken, Werken der bildenden Künste, sowie über den Schutz der Photographieen
unter besonderer Berücksichtigung
**der Rechtsprechung des Reichsgerichts**
und der internationalen Verträge des Deutschen Reichs
erläutert von
**G. Scheele,**
Staatsanwalt in Dresden.

Preis *M.* 6.80, gebunden *M.* 7.80.

DIE

# SCHULDFORMEN DES STRAFRECHTS

IN VERGLEICHEND-HISTORISCHER UND

DOGMATISCHER DARSTELLUNG.

Von

**Dr. ALEXANDER LÖFFLER.**

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

BAND I. DIE ENTWICKLUNG DES GELTENDEN RECHTS.

ABTEILUNG I. DEUTSCHLAND UND ÖSTERREICH.

LEIPZIG,
VERLAG VON C. L. HIRSCHFELD.
1895.

Das Recht der Übersetzung ist vorbehalten.

FRANZ VON LISZT

VEREHRUNGSVOLL GEWIDMET.

BAYERISCHE
STAATS-
BIBLIOTHEK
MUENCHEN

BAYERISCHE
STAATS-
BIBLIOTHEK
MUENCHEN

# VORREDE.

Der Plan dieses Werkes ist folgender. Der erste Band soll die historische Entwicklung der Schuldlehre bei den wichtigsten Kulturvölkern darstellen. Die vorliegende erste Abteilung erledigt die allgemeine Vorgeschichte und die neuere Entwicklung in Deutschland und Österreich; eine zweite Abteilung wird die wichtigsten fremden Rechte behandeln. Damit ist das gegebene Material erschöpft, die Grenze desjenigen, was die Rechtswissenschaft leisten kann, erreicht — soferne man sie als das Wissen vom geltenden Rechte auffaſst.

Der zweite Band wird die Aufgabe haben, die heute in Umlauf befindlichen Theorien kritisch zu untersuchen und ihnen meine eigenen Ansichten über die beste Lösung der Frage gegenüber zu stellen; das ist nach meiner Ansicht nicht mehr Rechtswissenschaft, sondern Kriminalpolitik. Eine kurze Zusammenfassung der Resultate, zu denen ich gelangt bin, steht als Einleitung an der Spitze des ersten Bandes; sie soll zunächst einen Boden der Verständigung zwischen Autor und Leser schaffen; und vielleicht wird es schon dieser Skizze beschieden sein, unbefangene Leser zu überzeugen.

Der erste Band beschränkt sich auf die Hauptzüge der historischen Entwicklung. Er verfolgt neben dem historischen ein wesentliches dogmatisches Interesse. Nichts ist nämlich, wie ich glaube, besser geeignet, uns von der unheimlichen Macht des geschichtlich Gewordenen zu befreien, als das Studium der Geschichte selbst. Und so hoffe ich, daſs es diesem Bande gelingen wird, in manches eingealterte Vorurteil Breschen zu legen.

Der Druck zog sich in Folge verschiedener persönlicher Widrigkeiten durch mehr als drei Monate hin. Infolge dessen konnte ich

Kohlers höchst dankenswerte Studien über das Strafrecht der italienischen Statuten gar nicht mehr benutzen; Engelmanns fleifsige Arbeit über die Schuldlehre der Postglossatoren erschien ebenfalls zu einer Zeit, wo der entsprechende Abschnitt meines Buches bereits gedruckt war, und konnte nur noch bei Abschlufs der letzten Bogen flüchtig berücksichtigt werden. Auf das letztere Werk gedenke ich noch an geeigneter Stelle zurückzukommen.

Bei Abfassung dieses Werkes wurde ich von dem hohen k. k. Ministerium für Kultus und Unterricht durch eine Reisesubvention, und von dem hochlöblichen Professorenkollegium der Wiener rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät durch Zuwendung des Jubelfeier-Reisestipendiums unterstützt, wofür ich an dieser Stelle meinen ergebenen Dank abstatte. Desgleichen bin ich Herrn Professor K. Schulz für die unter Beschränkungen gestattete Benutzung der Bibliothek des Reichsgerichts zu Dank verpflichtet.

Wien im Juni 1895.

**Dr. Alexander Löffler.**

# INHALTSVERZEICHNIS.


Seite

Vorrede . . . . . . . . . . V

Allgemeines Litteraturverzeichnis . . . . . . . . . . IX

Einleitung . . . . . . . . . . 1

§ 1. Die Schuldidee auf den ersten Stufen der Rechtsbildung. Universal-historische Übersicht . . . . . . . . . . 12

Anhang I. Prinzip der Rache . . . . . . . . . . 27

Anhang II. Strafe durch Prokuration . . . . . . . . . . 27

Anhang III. Handhafte That . . . . . . . . . . 27

Anhang IV. Abgrenzung des Talionsbegriffes . . . . . . . . . . 29

Anhang V. Das angebliche arische Prinzip der Schuldhaftung . . . 29

Anhang VI. Der Friedensbruch als Ungehorsamsdelikt . . . . . . 31

§ 2. Das germanische Recht bis zur Zeit der Volksrechte . . . . . . . 32

Anhang I. Der Wille im germanischen Strafrecht . . . . . . . . 42

Anhang II. Die Schuldfrage in den romanisierenden Volksrechten . . 43

§ 3. Das altjüdische Strafrecht . . . . . . . . . . 44

§ 4. Das griechische Recht . . . . . . . . . . 51

Anhang. Erfolghaftung im griechischen Rechte . . . . . . . . . 57

§ 5. Römisches Recht . . . . . . . . . . 59

Anhang I. Tötungsrecht nach der lex Julia de adulteriis . . . . 89

Anhang II. Fortum manifestum . . . . . . . . . . 90

Anhang III. Erfolghaftung bei der Talion . . . . . . . . . . 91

Anhang IV. Der Erfolg im Privatrecht . . . . . . . . . . 92

Anhang V. Termini motio . . . . . . . . . . 93

Anhang VI. Die Bedeutung des Rechtsirrtums . . . . . . . . . 93

Anhang VII. Culpa lata; lascivia, luxuria, cupiditas . . . . . . . 99

Anhang VIII. Der dolus bei der calumnia . . . . . . . . . . 110

§ 6. Das germanische Recht von dem Untergang der Volksrechte bis zur Reception des römischen Rechtes . . . . . . . . . . 113

§ 7. Das kanonische Recht . . . . . . . . . . 136

§ 8. Das gemeine römisch-germanische Recht von der Glosse bis gegen Ende des 18. Jahrhunderts . . . . . . . . . . 142

I. Die italienische Schule . . . . . . . . . . 144

II. Die peinliche Gerichtsordnung Karl V. . . . . . . . . . . 162

III. Die Theorie von Carpzov bis zum Ende des 18. Jahrhunderts . . 166

Seite
§ 9. Das österreichische Recht von der Theresiana bis zur Gegenwart . . 182
Anhang. Der dolus indirectus des österreichischen Rechtes kein dolus indirecte probatus . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 202
§ 10. Die neuere deutsche Doktrin bis zum Jahre 1870 . . . . . . . . . 204
§ 11. Die Behandlung der Schuld in den partikularen deutschen Strafgesetzbüchern . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 240
I. Das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern vom 16. Mai 1813 241
II. Das Criminalgesetzbuch für das Königreich Hannover vom 8. Aug 1840 246
III. Das Strafgesetzbuch für die preufsischen Staaten vom 14. April 1851 248
Anhang. (Das badische Strafgesetz) . . . . . . . . . . . . . . . 260
§ 12. Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich . . . . . . . . . . . 262
Anhang I. Die Verteidiger der modernen Erfolghaftung . . . . . . 281
Anhang II. Die Verschuldung in den österreichischen Entwürfen . . 284
Tabelle über die durch den Erfolg qualifizierten Delikte . . . . . . . . . 287

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS

# ALLGEMEINES LITTERATURVERZEICHNIS.

Allfeld, Die Entwicklung des Begriffes Mord bis zur Carolina. Erlangen 1877. v. Amira, Thierstrafen und Thierprozesse. S.-A. aus d. Mitt. d. Inst. f. österr. Gesch. XII. — 1891. v. Bar, Handbuch des deutschen Strafrechts. I. 1882. Bekker, Theorie des heutigen Deutschen Strafrechts I. 1857/9. Berner, Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre. 1843. — Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa. 1847. — Wirkungskreis des Strafgesetzes nach Zeit, Raum und Personen. 1853. — Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 17. Aufl. 1895. Binding, Die Normen und ihre Uebertretung. I, 1872 (2. Aufl. 1890.) II, 1877. — Grundrifs des gemeinen deutschen Strafrechts. 4. Aufl. 1890. — Handbuch des Strafrechts. I, 1885. du Boys, Albert. Histoire du droit criminel des peuples anciens. Paris 1845. — Histoire du droit criminel des peuples modernes. I—VI. Paris 1854 ff. (Bd. I fast unverändert abgedruckt als Hist. d. droit crim. des peuples européens, 1865.) Brunnenmeister, Die Quellen der Bambergensis. 1879. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte. Bd. I 1887. Bd. II 1892. Elvers, Praktische Arbeiten. 1836. Engelmann, Die Schuldlehre der Postglossatoren. 1895. Finger, Der objektive Thatbestand als Strafzumessungsgrund. S.-A. a. d. „Allg. öst. Ger. Ztg." Wien 1888. Frank, Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre. S.-A. aus Zeitschr. f. ges. Strafr. X. Geib, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Bd. I 1861. Bd. II 1862. Gessler, Ueber den Begriff und die Arten des Dolus. 1860. Geyer, Grundrifs zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht. I, 1884, II, 1885. Glaser, Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprocess. 1883. von Globig und Huster, Abhandlung von der Criminalgesetzgebung. Zürich 1783. Günther, Ueber die Hauptstadien der geschichtlichen Entwickelung des Verbrechens der Körperverletzung etc. Inaug.-Diss. Erlangen. 1884. — Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts. I. 1889. II. 1891. Hälschner, Das Preufsische Strafrecht. 1855 ff. — Das gemeine deutsche Strafrecht. 1881 ff. Heinemann, Hugo, Die Binding'sche Schuldlehre. 1889. — Zur Dogmengeschichte des Rechtsirrtums. Zeitschr. f. d. ges. Strafr. XIII. 371 ff. Henke, Grundrifs einer Geschichte des deutschen peinlichen Rechts. 2 Bde. 1809. v. Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen. 1871 ff. Horten, Die Personalexecution in Geschichte und Dogma. I, 1893, II, 1895. Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz. — Dazu: „Nachwort". 1884. Krug, Ueber dolus und culpa und insbesondere über den Begriff der unbestimmten Absicht. 1854. Laistner, Das Recht in der Strafe. 1872. Leist, Gräco-italische Rechtsgeschichte. 1884. — Alt-arisches jus gentium. 1889. — Alt-arisches jus civile I. 1892. v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 6. Aufl. 1894. Loening, (Richard) Grundrifs zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht. 1885. Loiseleur, Les crimes et les peines dans l'antiquité et dans les temps modernes. Paris 1860. Lucas, Die sub-

ektive Verschuldung im heutigen deutschen Strafrechte. 1883. Luden, Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrecht. I (Versuch) 1836, II (Thatbestand) 1840. — Handbuch des teutschen gemeinen und particularen Strafrechts. I. 1842. Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1889. — Ueber den Zusammenhang zwischen der Entwicklung des Strafrechts und der Gesammtentwicklung der öffentlichen Zustände etc. Rectoratsrede. 2. Aufl. 1890. Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 5. Aufl. 1895. Pfenninger, Das Strafrecht der Schweiz. 1890. Roſshirt, Einige Bemerkungen zur Lehre vom dolus. Neues Arch. d. Criminalr. VIII (1826) p. 369 ff. Rubo, Quae sit doli natura etc. Heidelberger Diss. 1857. v. Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter. 2. Aufl. Heidelb. 1834 ff. Schmidt, Leop. Die Ethik der alten Griechen. I, II, 1882. Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. 2. Aufl. 1894. Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 2. Aufl. 1874. Siegel, Deutsche Rechtsgeschichte. 2. Aufl. 1889. Stephen, James Fitzjames, A history of the criminal law of England. 3 Bde. London 1883. Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung. I. (Im Auftrage der intern. krim. Vereinigung unter Mitwirkung mehrerer herausg. v. Prof. v. Liszt.) 1894. Thonissen, Études sur l'histoire du droit criminel des peuples anciens. 2 Bde. Brüssel u. Paris 1869. Tissot, Le droit pénal étudié dans ses principes etc. 3. Aufl. Paris 1888. Wachenfeld, Die Begriffe von Mord und Totschlag sowie Körperverletzung mit tödlichem Ausgange in der Gesetzgebung seit der Mitte des 18ten Jahrhunderts. 1890. v. Wächter, Deutsches Strafrecht, Vorlesungen herausgeg. v. O. v. Wächter. 1881. — Beilagen zu Vorlesungen über das deutsche Strafrecht. 1881. Welcker, Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe. Giessen 1813. Wilda, Das Strafrecht der Germanen. Halle 1842. Winssinger, Responsio ad quaestionem . . . . quaenam sit differentia inter delicta dolosa et culposa etc. In den Annales academiae Lovaniensis V. (1823.) v. Woringen, Beiträge zur Geschichte des deutschen Strafrechts. I. Erläuterungen über das Compositonenwesen. 1836. Zeller, Die Philosophie der Griechen. (I. 5. Aufl. 1892, IIf, 3. Aufl. 1879 ff.) Zoepfl, Deutsche Rechtsgeschichte. Bd. III. 4. Aufl. 1872.

---

Unter den mir unzugänglich gebliebenen Werken möchte ich hervorheben: Anethan, de delicto meditato. Lovan. 1824. Beyer, Positiones ad Institutiones, Pandectas et jus feudale. Dronryp, Positiones juris criminalis, Amstelod. 1804. Gaertner, Finium culpae in jure criminali regundorum prolusio. Berol. 1836. von der Golz, D. de prava distinctione inter delicta directe et indirecte dolosa. Regiom. 1796. Mensing de Laurette, D. de dolo et culpa. Lugd. 1830. Reinharth, Tob. Jac., Pr. de dolo et culpa. Erf. 1734. Rosendael, de dolo in delictis. Lugdun. Batav. 1817. Tentzel, Pr. exhibens quaedam de dolo. Erf. 1718.

# EINLEITUNG.

Mit der Frage nach dem Wesen der strafrechtlichen „*Schuld*" berühren wir die vielumstrittenen Grundlagen des Strafrechts.

Eine früher herrschende, heute oft vertretene Ansicht sagt, dafs die *Freiheit des menschlichen Willens* Voraussetzung jeder ethischen sowohl als auch kriminalistischen Bewertung menschlicher Handlungen sei. Der Wille sei das Essentiale des Schuldbegriffes: *strafrechtliche Schuld sei Willensschuld.*

Dem letzeren Satze stimmen auch viele Gegner der Willensfreiheit zu.

Diese Lehre ist von vornherein auf die *dolose* Begehungsform der Verbrechen zugeschnitten; war doch das kulpose Delikt, das „unbefangene" Unrecht, lange Zeit völlig vernachlässigt. Aber mit der steigenden kriminellen Bedeutung der *Fahrlässigkeit* tritt die Notwendigkeit ein, diese Verschuldungsform unter die allgemeine Regel zu bringen. Man versucht den Nachweis, dafs ein nicht gewollter, nicht einmal vorausgesehener Erfolg unter Umständen dennoch „indirekt", „unbewufst" gewollt sein könne, als „nicht nichtgewollt" erscheine.

Wer daran festhalten will, dafs nur eine freie Willenshandlung strafrechtliche Verantwortung begründen könne, der *mufs* sich für eine dieser Hilfskonstruktionen entscheiden; denn sonst hätte er in dem fahrlässigen Verbrechen das schönste Muster von Verantwortung ohne Willenshandlung, also natürlich auch ohne freien Willen. Die Konsequenz ist zwingend, wenn auch von den wenigsten klar erkannt. Wer infolge einer Unachtsamkeit sein innig geliebtes Kind tötet, mufs sich von diesen Theoretikern den Vorwurf ins Gesicht schleudern lassen: „du hast es *frei gewollt*" — und doch ist er in den Banden eines verhängnisvollen Irrtums verstrickt gewesen.

Alle diese Sätze sind heute heftig bestritten. Die Basis des ganzen Systems, die Lehre von der Willensfreiheit, ist tief erschüttert. In der Fahrlässigkeit können viele das relevante Willensmoment nicht finden. Vereinzelte Stimmen verlangen sogar in überschiefsendem Radikalismus, dafs man die Formen der Verschuldung ihrer bisherigen Bedeutung entkleide: es sind Deterministen, die unbesonnen genug ihren Gegnern

geglaubt haben, dafs der grofse Wert, den wir auf die Abstufungen der Schuld zu legen gewöhnt sind, wirklich mit der Annahme der Willensfreiheit in unlösbarem Zusammenhang stehe; darum soll mit diesem Dogma auch die bisherige Unterscheidung von Vorsatz, Fahrlässigkeit und Zufall als antiquierter Ballast über Bord geworfen werden.

Bei diesem Widerstreit der Meinungen erscheint es angemessen, von vorneherein klare Stellung zu nehmen.

Was zunächst die *Willensfreiheit* betrifft, so halte ich alle Vermittlungsversuche, deren in dieser Frage mehrere unternommen worden sind, für unzulässig. Entweder unterliegt die Entstehung des Willensaktes, wie jedes andere Geschehen, das wir kennen, dem Gesetze von Ursache und Wirkung: dann ist der Wille nicht frei, sondern gehorcht der strengsten Notwendigkeit. Oder es ist an irgend einer Stelle die Kausalitätskette unterbrochen: dann entspringt der Wille völlig frei aus der menschlichen Psyche — eine zerrissene Kette ist keine Kette! Dann ist ein Wunder, wie uns keine Legende ein erstaunlicheres berichtet, unser tägliches Brot, ein Wunder, dem unser an dem Gängelbande des Kausalitätsgesetzes grofsgezogener Verstand fassungslos gegenübersteht: ein Geschehen ohne Ursache!

Wenn für die Willensfreiheit angeführt wird, dafs ohne sie sittliche und rechtliche Billigung oder Mifsbilligung menschlicher Handlungen, Scham, Reue u. dgl. des Fundaments entbehren würden, so ist diese Behauptung meines Erachtens willkürlich; und wäre sie richtig, so würde sie nur beweisen, dafs die genannten Thätigkeiten auf der Voraussetzung der Willensfreiheit beruhen, nicht aber, dafs diese Voraussetzung richtig ist. Anders steht es um die auch von vorurteilsfreien Denkern vertretene Behauptung, dafs die unmittelbare innere Wahrnehmung, die vornehmste Quelle psychologischer Erkenntnis, ihnen die Unabhängigkeit ihrer Willensbethätigungen bis zur Evidenz ergeben habe. Dem stellen die Gegner die Behauptung entgegen, es liege eine Ungenauigkeit der Beobachtung, ein Vernachlässigen unscheinbarer oder ganz verborgener Kräfte vor. In diesem Gegensatze liegt der Kernpunkt des Streites.

Ich halte die deterministische Auffassung für die richtige, und bin überzeugt, dafs es der Psychologie schliefslich gelingen wird, den feinen Mechanismus der Willensvorgänge ganz blofszulegen und die kausale Bedeutung der Motive aufser Zweifel zu stellen. Aber so lange dies nicht mit der nötigen wissenschaftlichen Exaktheit geschehen ist, läfst es sich nicht als unmöglich bezeichnen, dafs die innere Wahrnehmung der Freiheit, wie sie so viele zu haben behaupten, am Ende doch etwas mehr sei als eine Art optischer Täuschung, dafs hinter dem anscheinenden Widerspruch mit unseren Denkgesetzen eine Lösung stecke, von der sich unsere Schulweisheit nichts träumen läfst.

Ich möchte hier nicht mifsverstanden werden: subjektiv bei den Lehren des Determinismus völlig beruhigt, gebe ich die Möglichkeit zu, dafs man ein verständiger Mensch sein und doch der gegenteiligen Ansicht huldigen könne; ich beanspruche als Mindestmafs wissenschaftlicher Objektivität von der Gegenseite das Zugeständnis, dafs der Satz von der Freiheit des menschlichen Willens durchaus nicht zu dem gesicherten Bestande unserer philosophischen Erkenntnis gehört.

Daraus ergiebt sich für den Juristen ein ernstes Bedenken, auf dem ungefestigten Boden der einen oder der anderen Hypothese seinen Bau zu errichten; auf einem Boden, der jedenfalls von einer zahlreichen Partei nicht geteilt wird, dessen trügerische Beschaffenheit der nächste Tag ans Licht bringen kann.

Wäre ich Philosoph, so würde ich dieses Bedenken wohl geringer anschlagen und bei dem Ausbau meines Systems von der deterministischen Auffassung ausgehen; sollte sich diese wider Erwarten als unrichtig herausstellen, nun, dann wird eben ein philosophisches System mehr in die Brüche gehen. Die Welt hat dergleichen Schauspiele schon öfters erlebt, ohne dafs weitere Kreise dadurch in Mitleidenschaft gezogen worden wären. Ganz anders steht es um die Sache, wenn die Grundlage für eine auf lange und stetige Dauer berechnete praktische Bethätigung gefunden werden soll. Wer zweifelt heute, dafs die Lenker der Kirche im höchsten Grade unklug verfuhren, als sie die Religion mit gewissen herkömmlichen astronomischen Theorieen im Zusammenhang brachten? Es ist nicht minder unvorsichtig, das Strafrecht auf eine zweifelhafte Hypothese zu stellen. Nur dann, wenn die Entscheidung dieser Vorfrage wirklich nicht zu umgehen wäre, würde es gelten, sie herzhaft in Angriff zu nehmen. Aber ich behaupte, dafs der Kriminalist sie beruhigt bei Seite lassen kann.

Den letzten Satz möchte ich allerdings nicht ohne eine gewisse Einschränkung aufstellen. Wer in der Strafe, und zwar auch in der Strafe des modernen Rechtes, nur einen Akt der *Vergeltung* sieht, der mag behaupten, dafs diese Vergeltung sich ihrem Begriffe nach nur gegen den freien Willen richten könne; ich kann ihm nicht widersprechen, da es mir bisher nicht gelungen ist, zu einem völligen Verständnisse des modernen Vergeltungsbegriffes durchzudringen. Nur eines wäre zu bemerken: die *Rache,* die man so gerne als die urwüchsige Äufserung der Vergeltungsidee anzieht, setzt so wenig den *freien* Willen voraus, dafs sie auch gegen Verletzungen reagiert, denen *überhaupt kein Wollen* zu Grunde liegt. Dieses historische Argument scheint wider die beliebte Verknüpfung von Vergeltungsidee und Willensfreiheit zu sprechen.

Mit vielen verdienstvollen Forschern gehe ich von einer ganz anderen Auffassung der Strafe aus. Mir ist sie *ein Mittel, um jene*

*Menschen, die Verbrecher sind oder es werden könnten, zu einem den gesellschaftlichen Interessen gemäfsen Verhalten zu bestimmen.* Dieser letzte allgemeine Zweck wird auf verschiedene Weise angestrebt: die Strafe soll von der Begehung des Verbrechens abschrecken, sie soll den Verbrecher bessern, sie soll im allgemeinen eine erziehliche Wirkung auf die Volksgenossen ausüben.[1]) Nach der wachsenden Bedeutung dieser Zwecke mufs sich die wachsende Energie der Strafe richten; wo keiner dieser Zwecke gegeben ist, dort hat die Strafe auch keine Berechtigung.

Wer von diesen oder ähnlichen Grundgedanken ausgeht, bedarf zur Begründung der Strafe keiner Hypothese über die menschliche Willensfreiheit. Ihm genügt der unumstöfsliche Satz der *Erfahrung*, dafs die Menschen praktisch durch Motive bestimmbar sind; das leugnet ja niemand: nur in den Ansichten über die theoretische Konstruktion dieser Erfahrung differieren die Schulen. Was die Strafe betrifft, so kann kein Verständiger verkennen, dafs sie das kräftigste und gemeinwirksamste aller Motive zum rechtmäfsigen Handeln ist; darin findet sie ihre Existenzberechtigung.

Aus dem Wesen der Strafe ergiebt sich auch die richtige Würdigung der Schuld. Alle Zweckbeziehungen der Strafe verweisen auf *Personen*, nicht auf *Handlungen;* die Strafe soll denjenigen treffen, der durch seine Handlungen als sozialer Schädling charakterisiert ist. In dieser Beziehung können äufserlich völlig gleich verlaufende Handlungen in entgegensetzter Beleuchtung erscheinen. Wer bei Aufwendung voller Sorgfalt unbewufst eine Ursache in die Welt setzt, die in ihrer Entwicklung Tod und Verderben bringt, für dessen soziale Bewertung ergiebt sich aus dieser seiner Handlung kein ungünstiges Moment. An ihm ist nichts zu bessern, keine Strafe hätte den Ahnungslosen von seiner Handlung abschrecken können oder würde in Zukunft andere, die sich in gleicher Lage befänden, von gleichem Handeln zurückhalten. Eine Strafe wäre in solchem Falle ganz zwecklos, also auch völlig ungerecht. Hat aber ein zweiter genau die gleiche Handlung in der Absicht vorgenommen, durch dieselbe eben jene antisozialen Wirkungen hervorzurufen, so hat er sich damit als sozialer Schädling erwiesen; die abschreckende Kraft der Strafdrohung ist an ihm zu Schanden geworden; es soll der Versuch gemacht werden, durch den Strafvollzug in ihm die Motive zum sozialen Verhalten zu kräftigen. Zugleich tritt die Notwendigkeit ein, jene Kreise, die zu gleichen Handlungen geneigt wären, davon abzuhalten. Nach der Bedeutung dieser Zwecke wird eine entsprechende Strafe auszuwerfen sein.

Wir sehen also, wie für die soziale Bewertung einer Handlung

---

1) Mafsregeln, welche in erster Linie die *Unschädlichmachung* des Verbrechers bezwecken, haben daneben zumeist auch ähnliche Wirkungen; soweit sie dieselben haben, erfüllen sie zugleich die Funktion einer Strafe.

nicht nur ihre kausale Verknüpfung mit einem schädlichen Erfolge, sondern gleichzeitig auch das Verhältnis der Innerlichkeit, der Psyche des Handelnden zu diesem Erfolge entscheidend wird. *Den Inbegriff der strafrechtlich relevanten Beziehungen der Innerlichkeit eines Menschen zu einem sozial schädlichen Erfolge seiner Handlungen kann man als Schuld bezeichnen.*

Die Hauptaufgabe der Theorie ist es, das Wesen und die Arten dieser Schuld festzustellen. Wir müssen uns dabei von überkommenen theoretischen Irrtümern losmachen; und wir müssen uns hüten, die neu gewonnene Einsicht dem geltenden Rechte gewaltsam unterzuschieben.

In Bezug auf das Wesen der Schuld komme ich zu dem Resultate, dafs es durch die obige Definition erschöpft ist; insbesondere kann ich nicht finden, dafs bei allen Schuldformen ein auf den rechtswidrigen Erfolg gerichteter *Wille* das Wesentliche ist. Keinerlei Zwang des Systems drängt mich, in dieser Frage meine psychologische Einsicht zu verleugnen. Denn so wenig als die freie Willenshandlung Voraussetzung der Strafe ist, so wenig sind die Strafzwecke überhaupt an eine Willenshandlung gebunden. *Strafrechtliche Schuld ist nicht notwendig Willensschuld.*

Damit ist die materielle Einheitlichkeit des Schuldbegriffes zum gröfsten Teile verloren. Aber dieser Verlust wird einen Gewinn für die Wissenschaft bedeuten. Er bedeutet das Aufgeben der einseitigen Überschätzung des Willens, den unsere Theoretiker gleichsam als „a man within the man“ personifizierten [2], als das einzig mögliche Ziel der strafrechtlichen Repression. Das Richtige an diesem Gedanken liegt darin, dafs in einer Handlung, bei der Wille und äusseres Geschehen sich decken, des Menschen Kern am deutlichsten zu Tage tritt. Aber diese eine psychische Funktion geniefst nicht das Privilegium der Ausschliefslichkeit; es giebt auch andere psychische Thatbestände, die eine Handlung als unverfälschten Ausdruck der Eigenart des handelnden Individuums erscheinen lassen und so einen tauglichen Mafsstab für dessen soziale Bewertung bilden. *Gegen das Gesamtindividuum aber, und nicht gegen eine einzelne psychische Funktion desselben, richtet sich die Strafe.*

Was die *Arten der Schuld* betrifft, so werden wir finden, dafs die strafrechtlich relevanten Beziehungen unserer Psyche zu einem schädlichen Erfolge drei verschiedene Formen annehmen können:

I. *Der Erfolg ist gewollt: Absicht.*

II. *Der Erfolg ist vorausgesehen,* ohne gewollt zu sein: *Wissentlichkeit.*

III. *Der Erfolg* ist weder gewollt, noch auch vorausgesehen, *hätte aber vorausgesehen und vermieden werden können und sollen: Fahrlässigkeit.*

2) Wie Stephen, history, II, 103 f. treffend bemerkt.

I. *Absicht.* Der Erfolg ist gewollt, gleichgiltig zu welchem Zwecke. Unter „Wollen" verstehe ich mit Beiseitelassung aller psychologischen Schulstreitigkeiten und Definitionen jene strebende und zugleich billigende, „liebende" Beziehung unseres Ich zu einem Erfolge, jenes Phänomen, „das sich erleben aber nicht beschreiben läſst", das wir aber ganz zuverlässig meinen, wenn wir sagen: „Ich will dich töten" — „ich will sterben" — „das habe ich nicht gewollt". Nicht gemeint ist unter dem Wollen die der Körperbewegung vorangehende Innervation. Von dem bloſsen *Wunsche* unterscheidet sich dieser Wille durch ein mitlaufendes Machtbewuſstsein: das Bewuſstsein, in den Gang der Ereignisse kausal eingreifen zu können. Ich kann nur wünschen, nicht auch wollen, daſs das eben aufziehende Unwetter meine Saaten verschone. Niemals aber können Wunsch und Wille in Bezug auf einen und denselben Erfolg in Gegensatz treten. Das Wollen des Erfolges setzt implicite das Wissen desselben voraus; ein „unbewuſstes" Wollen, in welcher Form es auch auftreten mag, ist für eine praktische Wissenschaft unverwendbar, da es unserer Erfahrung unzugänglich ist; es würde auch den Handelnden nicht in jener Art charakterisieren, wie das bewuſste Wollen.

Der hier vertretene Willensbegriff entspricht ebensowohl der volkstümlichen Auffassung, als auch dem gegenwärtigen Stande der Psychologie. Er war im römischen Rechte ausschlieſsliche Grundlage des strafrechtlichen dolus, in der späteren Doktrin des dolus directus specialis, der Absicht. Mit dem letzteren Ausdrucke wird oft auch eine Beziehung auf die Zwecke der Handlung verbunden; ich verwende ihn jedoch nicht in dieser Bedeutung.

Die Handlungen, welche unter diese Gruppe fallen, zeigen die energischeste Beziehung des Thäters zu dem antisozialen Erfolge; sie stigmatisieren ihn als gefährlichen sozialen Schädling und sind zugleich verderblich wirkende Beispiele für Gleichgesinnte: hier ist strengste Repression am Platze.

II. *Wissentlichkeit.* Der Erfolg ist vorausgesehen, ohne gewollt zu sein.

Diese Gruppe ist formal einheitlich, materiell zeigt sie eine durch die *verschiedene Evidenz der Voraussicht* bedingte Variation. Jeder zukünftige Erfolg unserer Handlungen erscheint uns subjektiv nur unter dem Gesichtswinkel einer bestimmten *Wahrscheinlichkeit* und diese ist einer unendlichen Abstufung fähig; von der *Gewiſsheit* bis zur *Unmöglichkeit* führt eine *kontinuierliche* Reihe, deren Zwischenstufen wir durch die Bezeichnungen: „sehr wahrscheinlich" — „wahrscheinlich" — „möglich" — „unwahrscheinlich" nur in höchst unvollkommener Weise abteilen können.

Ein Reeder lässt ein Schiff von bedenklicher Seetüchtigkeit —

wohlversichert natürlich — auslaufen. Er will, dafs das Schiff verdiene, beileibe nicht, dafs Mannschaft und Passagiere zu Grunde gehen sollen. Nun kann der Fall so liegen, dafs der Reeder sich sagt: dieses Schiff ist ein schwimmender Sarg; es wird die weite und voraussichtlich stürmische Fahrt nicht überstehen! Oder er sagt sich: die Mängel sind nicht so arg; das Schiff wird wohl noch stand halten. In beiden Fällen hat er den Untergang der auf dem Schiffe befindlichen Menschen als mögliche Folge seiner Handlung vorausgesehen; aber wie ungleich ist die Evidenz, mit der ihm dieser Erfolg vorschwebt, und welche Skala von Wahrscheinlichkeit liegt noch zwischen diesen beiden Extremen!

Für die soziale Bewertung der hierher gehörigen Handlungen ist diese materielle Seite entscheidend. Wer da wufste, dafs aus seiner Handlung der Tod eines Dritten zweifellos erfolgen werde, und diese Handlung dennoch vornahm, der ist dadurch charakterisiert als ein Mensch, der bereit ist, antisoziale Handlungen zu setzen, wenn es ihm eben pafst. Er ist *nicht minder gefährlich und besserungsbedürftig* als derjenige, welcher diesen Erfolg geradezu gewollt hat, und ebenso ist eine nachdrückliche Abschreckung Dritter von gleichen Handlungen am Platze. Mit anderen Worten: der psychologische Thatbestand ist nicht der gleiche, wie bei der Absicht, wohl aber ist die Strafwürdigkeit die gleiche.

In dem Mafse nun wie die Evidenz der Gefahr für das bedrohte Rechtsgut abnimmt, verlieren auch diese Bewertungsmomente an Kraft. Der zu befürchtende Schaden erschien dem Thäter in einer Verkleinerung, deren Koeffizient der die Wahrscheinlichkeit ausdrückende Bruch ist.[3] Was er vernachlässigt hat, ist also für ihn geringer, als der wirkliche Schaden; ja, wir können vielleicht annehmen (wenigstens ist das Gegenteil nicht erwiesen), dafs der Fall an der Elastizitätsgrenze seines Gewissens liegt: wäre ihm der Schaden mit gröfserer Evidenz vor das Auge getreten, so wäre das für ihn ausschlaggebend geworden, und er hätte auf den Vorteil aus seiner Handlung lieber verzichtet. Es ist also aus seiner Handlung nicht jener hohe Grad von Gleichgiltigkeit gegen die allgemeinen Interessen erweislich, wie im ersteren Falle; die Repression kann entsprechend geringer sein.

Und so kann die Verletzungswahrscheinlichkeit eine so geringe werden, dafs das Recht selbst es gestattet, sie wissentlich zu vernachlässigen. Wer ein Bergwerk betreibt, wissend dafs der Betrieb trotz

---

3) Ist die Bewertung eines Rechtsgutes = a und die Wahrscheinlichkeit, dafs dieses durch die fragliche Handlung verletzt werden könnte, nach einander = $^3/_4$, $^1/_2$, $^1/_4$, so ist das entsprechende Risiko = $\frac{3a}{4}$, $\frac{a}{2}$, $\frac{a}{4}$.

aller aufgebotenen Vorsicht Tötungen im Gefolge haben kann, begeht kein Verbrechen.[4])

Wir sehen also, dafs bei dieser Gruppe die Strafwürdigkeit sehr variiert; für die schwersten Fälle ist das Maximum von Strafe anwendbar, welches der Staat zum Schutze des betreffenden Rechtsgutes überhaupt anzuwenden sich bewogen fühlt; und von da ab sinkt die Strafwürdigkeit in kontinuierlicher Folge bis auf den absoluten Nullpunkt herab. Es ist wohl kaum nötig, dem Mifsverständnisse vorzubeugen, als ob es sich um eine zwischen Absicht und Fahrlässigkeit die Mitte haltende Schuldform handeln würde.

Seit Jahrhunderten müht sich die Doktrin vergebens mit den hierhergehörigen Fällen. Die Einteilung der Schuld in zwei Arten (dolus und culpa), wie sie das römische Recht aufweist, hat eine grofse suggestive Wirkung geübt: Wer hätte es gewagt, weiter zu denken, als die römischen Juristen gedacht hatten! Darum that man die schwersten unserer Fälle zum dolus, gestützt durch die richtige Empfindung ihrer gleichen Strafwürdigkeit, als Notbrücke den Satz benützend, dafs wer die Ursache (die Handlung) wolle, notgedrungen auch deren Folgen wollen müsse. Die Verkehrtheit dieser Mufspsychologie wurde öfters nachgewiesen. Die tapferen Reiter, die auf das feindliche Carré lossprengen, sehen als Folge dieser Handlung eine hohe Wahrscheinlichkeit ihres eigenen Todes voraus; wollen sie deshalb schon diesen Erfolg? Oder setzen sie nicht vielmehr die ganze Energie ihres Willens daran, ihn zu vermeiden? — In dem Mafse als die Wahrscheinlichkeit des Erfolges sinkt, wird die Supposition, dafs er gewollt sein müsse, immer unerträglicher; gleichzeitig tritt ein richtiges Gefühl für geringere Strafwürdigkeit ein. Man sah sich daher genötigt, diese leichteren Fälle als „bewufste Fahrlässigkeit“ zur culpa zu stellen. Die Grenze war um so schwerer zu ziehen, als der klaffende Abstand zwischen dolus und culpa dem allmählichen Übergang, der zwischen den Extremen unserer Gruppe stattfindet, nicht recht entsprechen wollte.

III. *Fahrlässigkeit.* Der Erfolg ist weder gewollt, noch auch vorausgesehen, hätte aber vorausgesehen und vermieden werden können und

4) Der Staat wird solche Handlungen gestatten, wenn das Interesse an ihrer Vornahme gröfser ist, als das entgegenstehende Risiko, d. i. das Interesse an dem durch sie bedrohten Rechtsgute multipliziert mit dem Koeffizienten der Verletzungswahrscheinlichkeit. Z. B. das Interesse an einem Schnellzugsverkehr von bestimmter Geschwindigkeit sei $= 10$, die Wahrscheinlichkeit, dafs dadurch eine Tötung verursacht werde $= \frac{1}{50,000}$, das menschliche Leben sei taxiert mit 100,000; so ist $10 > \frac{100,000}{50,000}$, d. h. das Verkehrsinteresse ist überwiegend und die fragliche Geschwindigkeit zu gestatten. — Verschwindend geringe Wahrscheinlichkeiten kann man auch ohne ausdrückliche Gestattung vernachlässigen.

sollen: die gemeiniglich sogenannte „unbewufste“ Fahrlässigkeit. — Es handelt sich hier um Lebenslagen, in denen dem aufmerksamen Menschen eine gewisse Gedankenassoziation, die sich eben an diese Lage knüpft, das Bild eines daraus drohenden Übels vorführt. Der Thäter hat diese Assoziation nicht gehabt, zum mindesten das durch die Assoziation hervorgerufene Bild nicht zur Klarheit entwickelt. Wir können gegen ihn einen Vorwurf nur dann erheben, wenn der Mangel der Assoziation auf einen Mangel an *Aufmerksamkeit* zurückzuführen ist; durch diese wird ja bekanntlich der Reichtum der Assoziationen mitbeeinflufst. Der Staat fordert ein gewisses Mindestmafs von Aufmerksamkeit bei unseren Handlungen. Fahrlässigkeit liegt nur dann vor, wenn das Ausbleiben der Assoziation auf den Mangel dieser normalen Aufmerksamkeit zurückzuführen ist. Die Aufmerksamkeit ist wieder abhängig von anderen Vorgängen in der Psyche, und es soll nicht geleugnet werden, dafs in diesem komplizierten Kräftespiel auch Willensakte mitspielen. Aber niemals sind diese Willensakte auf den fraglichen antisozialen Erfolg gerichtet; und in der weitaus überwiegenden Zahl der Fälle sind wir uns der Unaufmerksamkeit selbst nicht bewufst, sodafs auch diese nicht als gewollt erscheinen kann.

Die Strafe hat hier den Zweck, das Entstehen der gewünschten Assoziationen zu fördern. Sie ist ein „Merks!“ für den Thäter, gleichzeitig aber auch ein „Merks!“ für die Volksgenossen. Und gerade die letztere Bedeutung der Fahrlässigkeitsstrafe kann nicht hoch genug angeschlagen werden. Wer in das Getriebe einer Grofsstadt einzugreifen hat, dessen Aufmerksamkeit wird auf Schritt und Tritt durch die zahlreichen Fahrlässigkeitsstrafen, die ihm drohen, wachgerüttelt; man denke nur an das Verhältnis der Kutscher zu den Eckposten. Es ist klar, dafs verhältnismäfsig geringe Strafen diesem Zwecke genügen. An der Handlung, die der Thäter unterlassen soll, haftet für ihn kein tiefer wurzelndes egoistisches Interesse, zu dessen Überwindung die Gesellschaft mit schwerem Geschütz anfahren müfste; er selbst ist vielleicht erschrocken über den unerwarteten Erfolg; auf die anderen wirkt vielleicht sein Beispiel ganz abgesehen von der Strafe eher abschreckend als verlockend.

Auch innerhalb dieser Gruppe findet sich eine Abstufung. Der schädliche Erfolg kann so nahe, so auf der Hand gelegen sein, dafs nur eine völlige Gleichgiltigkeit gegen fremde Interessen ihn übersehen liefs. Von hier führt eine *kontinuierliche* Reihe zu dem Falle, wo eine aufsergewöhnliche Anspannung der Aufmerksamkeit nötig war, um die drohende Gefahr zu erkennen.

---

Diese Gruppierung der psychologischen Thatbestände halte ich für die richtige. Sie ist nicht so neu, wie es vielleicht aufs erste scheinen

mag; wir werden sehen, wie die geschichtliche Entwicklung trotz vielfacher Abwege und Irrungen zu dem gleichen Resultate treibt, und ich möchte jetzt schon darauf hinweisen, dafs die englische und insbesondere die russische Jurisprudenz für die richtige Behandlung der Wissentlichkeit wertvolle Beiträge geleistet haben. Der erste Eindruck wird manchem die Lehre etwas kompliziert erscheinen lassen; aber in der Durchführung ist sie unendlich einfacher, als das herrschende System der Zweiteilung, das der Abgrenzung unüberwindliche Schwierigkeiten bietet, und sie kann durch praktische Formulierung noch wesentlich erleichtert werden. Um Vergleiche zu ermöglichen, will ich einen vorläufigen Versuch in dieser Richtung mitteilen. Besserungsvorschläge würde ich ganz besonders in dieser Frage mit grofsem Danke entgegennehmen.

Ich denke mir die gesetzgeberische Verwertung der gewonnenen Resultate etwa folgendermafsen. Die Wissentlichkeit ist in drei Abteilungen zu zerlegen, je nach der Evidenz der Voraussicht. Nun werden drei Stufen der Schuld gebildet; die erste umfafst die Absicht und die schwersten Formen der Wissentlichkeit; die zweite die mittleren Formen der Wissentlichkeit (Voraussicht des Erfolges als eines „wahrscheinlichen"); die dritte Schuldstufe umfafst die leichteren Formen der Wissentlichkeit und die ganze Fahrlässigkeit. *Die Strafrahmen haben ausgiebig in einander überzugreifen, um auch die anderen Strafzumessungsgründe gebührend würdigen zu können.* So würde der durch §§ 211 und 222 R. St. G. gegebene Stoff etwa folgendermafsen verarbeitet: Tötung eines Menschen mit der ersten Schuldstufe: 10 Jahre Zuchthaus im Minimum, Todesstrafe als Maximum; zweite Schuldstufe: 5 Jahre Gefängnis im Minimum, 15 Jahre Zuchthaus im Maximum; dritte Schuldstufe: Gefängnis bis zu 5 Jahren. Eine solche Abstufung gestattet, jedem einzelnen Falle ganz gerecht zu werden; und sie schwächt die bedenklichen Folgen der Beweisschwierigkeit erheblich ab. Gegenwärtig ist der Richter in zweifelhaften Grenzfällen gezwungen, sich für Vorsatz oder für Fahrlässigkeit zu entscheiden; dafs beide dicht aneinandergrenzen, ja dafs die Grenzen in einander überfliefsen, wird allgemein angenommen, über das Prinzip der Abgrenzung herrscht der gröfste Streit, von der höchst prekären praktischen Anwendbarkeit der aufgestellten Prinzipien ganz zu schweigen. Welch schwere Aufgabe für den Richter, von dessen Entscheidung es nun abhängt, ob die Strafe der Tod oder ob sie Gefängnis auf verhältnismäfsig sehr kurze Zeit sein soll!

---

Mit den hier erörterten Hauptfragen ist eine kaum übersehbare Reihe von Nebenfragen verknüpft, die alle vom Grunde aus untersucht sein wollen. Das wird mit zur Aufgabe des dogmatischen Teiles dieser Arbeit gehören. Manches wird, wie die Anwendung auf Versuch und Teilnahme, die Beziehungen zum Kausalitätsproblem u. a. m., ohne eine Revision anderer Lehren des Strafrechts sich gar nicht erledigen lassen.

Neben jenen Thatbeständen, welche in dem Bewirken eines antisozialen Erfolges bestehen, werden die strafbaren Unterlassungen, ferner die an sich strafbaren Handlungen zu untersuchen sein, wobei sich mancherlei Modifikationen ergeben werden. Es wird der Nachweis zu führen sein, dafs der subjektive Thatbestand den objektiven ganz umfassen mufs, und festzustellen, welche Bedeutung der Irrtum über ein Thatbestandsmoment hat. Ferner wird es sich fragen, ob zu postulieren ist, dafs der Thäter sich der antisozialen Bedeutung seiner That bewufst sei. Von selbst ergiebt sich, dafs ich für keine Schuldform Bewufstsein der Strafgesetzwidrigkeit oder Bewufstsein der Normwidrigkeit verlangen kann; denn das Wesen der Schuld liegt mir nicht in einer Beziehung zu Strafgesetz oder Norm, sondern in einer Beziehung zu dem schädlichen Erfolge. Damit ist nicht gesagt, dafs das Bewufstsein der Strafgesetzwidrigkeit oder Normwidrigkeit auch nicht von einem anderen Gesichtspunkte aus bei Beurteilung der Strafwürdigkeit einer Handlung ins Gewicht fallen könnte, da die richtige Beantwortung der Schuldfrage nur einen Teil der Frage nach der Strafwürdigkeit erledigt. So wichtig alle diese Fragen auch sein mögen, so würde eine ständige Berücksichtigung derselben bei Darstellung der Dogmengeschichte ebenso lästige als unnütze Komplikationen im Gefolge haben; ich habe mich daher, wo nicht eine spezielle Nötigung vorlag, im vorliegenden Bande mit diesen Nebenfragen nicht beschäftigt.

Eine weitere Reihe von Fragen entfällt aus dem Grunde, weil sie nur irrtümlich mit der Schuldlehre in Zusammenhang gebracht worden sind. Dahin gehört vor allem der *Affekt* (impetus). Dieser ist wichtig für die Entstehungsgeschichte der jeweiligen Schuldform, ändert aber nichts an ihrer Formation. *Alle drei Schuldarten können aus einer abnorm gesteigerten Temperatur der Seele entspringen:* Ich töte im Zorne die Ehebrecherin; — in gröfster Aufregung stürze ich mich aus dem Fenster, trotzdem ich unten Passanten sehe und mir bewufst bin, dafs ich sie durch meinen Selbstmordversuch gefährde; — durch eine Explosion erschreckt renne ich wie besessen davon und stofse ein Kind nieder, das mir an der nächsten Ecke unvermutet zwischen die Beine läuft. Dafs der Affekt bei Bestimmung der Strafwürdigkeit in Rücksicht gezogen werden soll, ist ebenso sicher, wie dafs er aufser den Rahmen dieser Untersuchung fällt. Ebenso werde ich auf Notwehr, Notstand, jugendliches Alter u. dgl. nicht eingehen; aus dem hier angenommenen Schuldbegriffe ergiebt sich dies ganz von selbst. Niemand wird behaupten, dafs ein Junge von 8 Jahren nicht absichtlich stehlen könne, oder dafs der Notwehrzustand mich daran hindert vorauszusehen, dafs mein Schlag dem Angreifer schaden wird. Nur die nicht genug zu rügende mystische Unklarheit des herkömmlichen Schuldbegriffes hat es ermöglicht, solche Fragen mit ihm in Zusammenhang zu bringen.

## § 1.

# Die Schuldidee auf den ersten Stufen der Rechtsbildung. Universalhistorische Übersicht.

**Litteratur.**

v. Amira, Thierstrafen und Thierprozesse (S.-A. aus Mitth. d. Instit. f. öst. Geschichtsforschung, Bd. XII) 1891. Bernhöft, Über d. Grundl. der Rechtsentwicklung bei den indogerm. Völkern. Z. f. vergl. R.-W. II. S. 285 ff. Daniel I., Gesetzbuch Daniels I., Fürsten von Montenegro u. der Berda v. 1855 (Wien 1859). Dareste, Rodolphe, Études d'histoire du droit. Paris 1889. Ewers, Das älteste Recht der Russen. Dorpat 1826. Friedrichs, Mensch und Person. „Ausland" 1891, S. 276 ff., 296 ff., 315 ff. Geiger, Ostiranische Kultur im Altertum, 1882. Gopčević, Spiridion, Oberalbanien und seine Liga. 1881. Hanoteau et Letourneux, La Kabylie et les coutumes kabyles. 3 vols. 2e éd. Paris 1893. v. Hartmann, Phänomenologie des sittlichen Bewufstseins, 1879. Hoffmann, A. G., Art. „Blutrache" in Ersch u. Gruber, Encyklopädie. 11. Tl. 1823. Jellinek, Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 1878. v. Ihering, Vorgeschichte der Indoeuropäer, 1894. Jireček, Hermenegild, Das Recht in Böhmen und Mähren I., 1866. Kohler, Die Lehre von der Blutrache, 1885. — Das Recht als Kulturerscheinung, 1885. — Das chinesische Strafrecht, 1886. — In der krit. Vierteljahrschr. N. F. IV. (1881) S. 185 f. — Über das islamitische Strafrecht. Über das Strafrecht der Berbern; Gerichtssaal, XLI. S. 297 ff. (vgl. dazu Goldziher, Z. f. vergl. Rw. VIII. S. 415). — Über das Recht der Australneger. Z. f. vergl. Rw. VII. 363 ff. — Über das Recht der Papuas auf Neuguinea; eod. p. 369 ff. — Über das Recht der Goajiro-Indianer, eod. S. 381 f. — Das Recht der Armenier, eod. S. 385. — Über das vorislamitische Recht der Araber. Z. f. vergl. Rw. VIII. S. 238 ff. — Indische Gewohnheitsrechte, eod. S. 267. — Die Gewohnheitsrechte der Provinz Bombay. Z. f. vergl. Rw. X. 173 ff. — Studien aus dem japanischen Recht, eod. 376 ff. — Das Recht der Azteken. Z. f. vergl. Rw. XI. S. 1 ff. — Recht, Glaube und Sitte. Grünhuts Z. XIX. (1892.) S. 561 ff. Kovalewsky, Coutume contemporaine et loi ancienne. Droit, coutumier *ossétien* éclairé par l'histoire comparée. Paris 1893. Kraufs, Friedrich S., Sitte und Brauch bei den Südslaven, 1885. v. Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht. Zeitschr. f. d. ges. Strafr. III. 1 ff. Löning, Richard, Der Reinigungseid bei Ungerichtsklagen im deutschen Mittelalter, 1880. Macieiowski, Slawische Rechtsgeschichte ed. Buss, 1835 ff. Mantegazza, Fisiologia dell' odio. 2. ed. Milano 1889. Miklosich, Die Blutrache bei den Slaven. (Sep.-Abdr.) Wien 1887. Müller, Max, The sacred books of the east. XXV.: The laws of Manu, by G. Bühler. Oxford 1886. Pallas, P. S., Sammlung histor. Nachr. über d. mongol. Völkerschaften. Petersburg 1776. Popovič, Recht und Gericht in Montenegro. Agram 1877. Post, Die Geschlechtsgenossenschaft der Urzeit, 1875. — Der Ursprung des Rechts, 1876. — Bausteine für eine allgem. Rechtswissenschaft auf vergleichend-ethnologischer Basis. 2 Bde. 1880. 1881. — Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner

Entwicklungsgeschichte, 1884. — Afrikanische Jurisprudenz. 2 Bde. 1887. — Studien zur Entwicklungsgeschichte des Familienrechts, 1889. — Über die Aufgaben einer Allgemeinen Rechtswissenschaft, 1891. — Grundrifs der ethnologischen Jurisprudenz. I, 1894. II, 1895. Rehme, Über das Recht der Amaxosa. Z. f. vergl. Rw. X, 32 ff. Rudorff, Otto, Tokugawa-Gesetz-Sammlung. (Suppl. zu Bd. V d. Mitt. d. deutschen Gesellsch. f. Natur- u. Völkerkunde Ostasiens in Tokio.) Berlin-Yokohama 1889. Schrader, Sprachvergleichung und Urgeschichte, 1890. Steinmetz, Ethnologische Studien zur ersten Entwicklung der Strafe. 2 Bde. Leiden u. Leipzig 1894. Ta tsing leu lee, translated by Staunton, London 1810. Tobien, Die Blutrache nach altem russischen Rechte, verglichen mit der Blutrache der Israeliten und Araber, der Griechen und Römer und der Germanen. I. Dorpat 1840. Walter, Das alte Wales, 1859. Wesnitsch, Die Blutrache bei den Südslaven. Z. f. vergl. Rw. VIII. 433 ff. IX. 46 ff. Wilken, Het strafrecht bij de volken van het Maleische ras. (Aus den „Bijdragen tot de taal-, land- en volkenkunde van Nederlandisch-Indië", ausgeg. zum 6. Orientalistenkongrefs.) 's Gravenhage 1883. — Vgl. auch die Litteraturverzeichnisse der folgenden Paragraphen.

Die vergleichende Rechtswissenschaft hat den Nachweis erbracht, dafs Rechtsgedanken und Rechtsinstitute bei den entlegensten und stammfremdesten Völkern sich in merkwürdig ähnlicher Weise entwickeln. Der gleiche Stand der Kultur erzeugt mit der Zuverlässigkeit eines organischen Gesetzes den gleichen Stand des Rechtes. Insbesondere die Reaktion gegen das verbrecherische Unrecht ist geradezu ein Gradmesser des Entwicklungszustandes eines Volkes. Der Parallelismus in der Rechtsbildung ist ein so weitgehender, dafs wir die Lücken in der Rechtsgeschichte eines Volkes viel sicherer nach dem Muster eines anderen Volkes der gleichen Kulturstufe ergänzen, als wenn wir ohne dieses Hilfsmittel den Versuch machen, uns in den Geist vergangener Zeiten hineinzudenken. Während die Rechtsvergleichung auf diese Art die Geschichte der einzelnen Rechte in das richtige Licht stellt, ermutigt sie uns zugleich zu dem Versuche, durch Heranziehung der niedrigsten noch zugänglichen Kulturen „bis in die Geburtsstunde des Rechtes" vorzudringen.

Einem solchen Versuche sind die zunächst folgenden Blätter gewidmet. Es handelt sich um das Problem der Entstehung der Schuldidee.

In diesem Abschnitte wird uns vorerst eine universalhistorische Übersicht beschäftigen, deren Umrisse in den folgenden durch genaueres Eingehen auf die Geschichte einzelner Rechte wenigstens teilweise ausgeführt werden sollen. Die Auswahl traf diejenigen nationalen Rechtsbildungen, auf welchen das gegenwärtige deutsche Strafrecht beruht, mit Hinzuziehung des für das Verständnis des römischen so wichtigen griechischen Rechtes. Die Anordnung erfolgte in der Art, dafs die dargestellten Rechtskreise uns Typen der allmählich aufsteigenden Entwicklung darbieten; erst dort, wo infolge des Ineinandergreifens der einzelnen Rechte die historische Kontinuität gewahrt werden mufste, wurde dieses Prinzip verlassen.

Die ersten sechs Abschnitte dieses Buches wollen als geistige Einheit betrachtet werden; ihre Ausführungen und Belege ergänzen und stützen sich gegenseitig, ohne dafs dies jedesmal besonders angezeigt wäre. Manche These, die vereinzelt vielleicht zweifelhaft erscheinen möchte, wird dem Leser, der die Parallele der einzelnen Entwicklungen beachtet, eine gesicherte Erkenntnis sein.

---

Die älteste, urwüchsigste Reaktion gegen jedes Unrecht, das dem Einzelnen zugefügt wird, ist die *Rache* des Verletzten; sie ist in der Geschichte aller Völker nachweisbar.[1])

Die Rache erfüllt auf der ersten Stufe der Rechtsbildung eine wichtige Funktion. Die in der Organisierung begriffene Gemeinschaft ist zu schwach, um Frieden und Ordnung unter ihren Gliedern aufrecht zu erhalten und deren Interessen nachdrücklich zu schützen. Der Einzelne ist auf sich und seine Freunde angewiesen[2]); er darf keine Verletzung ungerächt lassen, will er nicht die Angriffe fortgesetzt und gesteigert sehen. Durch die Rache schützt er seine Interessen in ähnlicher Weise, wie heute der Staat sie durch die Strafe schützt.

Aber nicht mit klarem Zweckbewufstsein wird die Rache geübt und nicht aus nüchterner Erwägung ihrer Vorteile entspringt sie. Ihre Quelle liegt tief im Gemütsleben des Menschen verborgen, aus dem sie mit der Urgewalt eines mächtigen *Triebes* hervorbricht. Wenn sie sozialen Zwecken dienstbar wird, so geschieht dies zunächst nicht bewufst, sondern instinktmäfsig.[3])

Vor kurzem hat Steinmetz[4]) es unternommen, eine umfassende

---

1) Früher nahm man einzelne Ausnahmen an. — Im Staate der Ägypter war zu Beginn der historischen Zeit die monarchische Gewalt schon längst so weit erstarkt, die Kultur so weit vorgeschritten, dafs die Periode des Racherechtes im allgemeinen als überwunden zu betrachten ist. Doch lebt auch hier noch in der Göttersage die Blutrache. Vgl. du Boys, peuples anciens, 16, 30 f.; Thonissen, I, 90 ff., 148 f., 172 f.; Dareste, études, 2. — Für Indien vgl. Thonissen, I, 16 f., 60, 68 f.; Kohler, Gewohnheitsrechte der Provinz Bombay, 174; Leist, alt-arisches jus gentium 313 f., 422.

2) Charakteristisch für den Standpunkt einer schwachen Regierungsgewalt ist folgende Stelle aus einem Briefe des Bischofs Hinkmar von Reims an Karl den Kahlen: „per plurimorum ora vulgatur, vos dicere, quoniam de istis rapinis atque depraedationibus nihil vos debeatis misculare, unusquisque sua defendat ut potest". (Nach Bouquet, recueil des historiens de France VII. 523 f.)

3) Vgl. v. Liszt, Zweckgedanke, 7 ff.; Steinmetz I, 54 ff.; 128 ff. — Die Urrache ist nicht Selbsthilfe, d. h. Selbstdurchsetzung eines Rechtes; sie ist vor dem Begriffe „Recht" vorhanden. In vorgeschrittenen Epochen dagegen hat der Rächende das Bewufstsein, für sein gekränktes Recht einzutreten: Der „Richter Lynch" übt Selbsthilfe! Die Rache wird hier nicht selten durch die Rechtsordnung selbst gestattet, ja sogar geboten.

4) Entw. d. Strafe, I, 1 ff. Bei voller Anerkennung für das grofse Verdienst, das sich der Autor erworben hat, finde ich seine Untersuchungen weder einwandfrei

genetische Analyse des Rachetriebes zu geben; indeſs erscheint es nicht unbedenklich, dieses hypothesenreiche Gebiet ohne Not zu betreten. Für den Rechtshistoriker genügt es, die Urrache als etwas Gegebenes in ihren charakteristischen Erscheinungsformen empirisch darzustellen. Die Nachempfindung, deren ja auch der moderne Mensch fähig ist, mag zum Verständnisse helfen.

Die Beobachtung zeigt, daſs der Rachetrieb stets ausgelöst wird durch eine *Schmerzempfindung*. Diese führt zu einem Rückschlage, einer impulsiven Thätigkeit, die anfänglich vielleicht gar keine Beziehung zu der Ursache des Schmerzes gehabt hat.[5]) Später stellt sich diese Beziehung her. Der Rückschlag richtet sich gegen das Verletzende — mag dieses nun Mensch, Tier oder Sache sein.[6]) In dieser Reaktion findet der Gekränkte eine gewisse Erleichterung und Befriedigung: ihre Intensität richtet sich nach der Intensität der Schmerzempfindung, die sie ausgelöst hat.[7])

Das Maſs der erlittenen Verletzung ist ursprünglich *nicht* das Maſs der Rache. Das ist um so begreiflicher, da das eigene Leid uns stets gegenüber dem fremden in einer starken Vergröſserung erscheint. Wenn der Rächende seine Leidenschaft zügelt, so gehorcht er bereits einem gesellschaftlichen Zwange. Die Volksüberzeugung hat sehr oft als das richtige Maſs der Rache die Zufügung der gleichen Verletzung, die *Talion* [8]), anerkannt.

---

noch vollständig. Die Frage war bisher sehr vernachlässigt. Kürzere Darstellungen bei Finger, Der objektive Thatbestand, 1 ff.; Mantegazza, Fisiologia dell' odio, 151 ff. — Man hat auch versucht, das „Prinzip“ der Rache zu finden. Vgl. darüber Anhang I.

5) So Steinmetz, I, 318 ff., der diese Erscheinung als „völlig ungerichtete Rache“ darstellt; er denkt an Fälle, wo als Reaktion ein Angriff auf das erste beste Objekt, das in den Wurf kommt, erfolgt. Ich glaube, man kann hier noch weiter gehen. Wir beobachten noch heute, daſs plötzlicher Schmerz einen heftigen Thätigkeitstrieb ohne jede Richtung auslöst; das einfache Schreien, Stampfen, Herumrennen etc. Ich halte diese Erscheinung für die ursprünglichste und glaube, daſs sie sich erst später zu einem Angriff auf bestimmte Objekte spezialisiert hat.

6) Übergangsbildungen s. bei Steinmetz, I, 334 ff. — Über Racheübung gegen Tiere und Sachen s. vorläufig Hoffmann bei Ersch u. Gruber, XI, 95; Tissot, droit pénal, 24 ff.; v. Amira, Thierstrafen, 43, 46; Post, allgem. Rechtsw. 59, 141; ethnol. Jurispr. II, 231 f.; Friedrichs, Mensch u. Person, 299 f., 315; Steinmetz I, 318 ff. Der letztere betont mit Recht, daſs dabei von einer Personifikation oder Willensfiktion keine Spur zu entdecken ist.

7) Vgl. Mantegazza l. c. 186: Dovunque, un' offesa che produce dolore; dovunque, un dolore che si trasforma in odio e che prepara la vendetta. — S. auch Dühring, Kursus der Philosophie. (1875.) S. 224 f.

8) Die Talion ist also nichts als eine beschränkte Rache; „permittit enim lex (sc. XII tabb.) *parem vindictam* (Festus, s. v. talio). Vgl. Kovalewsky, Osseten, 260 ff., 333; Steinmetz I, 401 ff. Zwei Irrtümer sind sehr gewöhnlich: einerseits die Identifizierung von Talionsidee und Racheidee; anderseits die Ansicht, daſs der

Kühlung der brennenden Wunde ist das einzige Ziel des Rächenden. Was damit nicht enge zusammenhängt, wird nicht beachtet. Ob der Verursacher des Schmerzes Kind oder Wahnsinniger[9]) ist, das kümmert die Rache nicht; sie geht auch, und das ist für uns das Wichtigste, *gegen den völlig schuldlosen Urheber einer Verletzung.*[10])

Einen geradezu klassischen Ausdruck hat diese Auffassung in der Darstellung des altschonischen Rechtes durch den Erzbischof Sunesen (1204—1215) gefunden. Er sagt (V. 25):

Si quis *non voluntarie, sed casualiter* cuiquam vulnus inflixerit, non idcirco minus integram vulneratus recipiet emendationem, *cujus dolorem lenire non novit casus potius quam propositum infligendi.* Nec ipsius multum interest casu potius quam ex proposito laesum esse.[11])

Die Rache bleibt nicht bei dem Einzelnen stehen. In alter Zeit halten die Familienverbände innig zusammen und treten nach aufsen hin in strammer Solidarität auf; der Angriff auf ein Mitglied wird von der ganzen Sippe gleich stark empfunden, die Rache ist gemeinsame Angelegenheit der Familie; sie ist für jedes einzelne Mitglied eine ernste Pflicht, die oft auch der religiösen Weihe nicht entbehrt. Man denkt sich die Seele des Gemordeten ruhelos und zürnend auf der durch sein Blut befleckten Erde umgehen, bis sühnend und reinigend das Blut des Mörders geflossen ist; und zu der Liebe, welche die Familie zur Rache

---

Talion ein „kirchlich religiöser" Gedanke eigentümlich sei. Nun hat allerdings das biblische Recht auf die Verbreitung der Talionsidee den gröfsten Einflufs ausgeübt; aber es hat dieselbe zweifellos aus dem Volksrechte übernommen. Wir finden die Talion — und zwar sehr oft ohne sakrale Bestätigung — noch heute bei Naturvölkern, ferner im alten Ägypten, im mosaischen, griechischen und römischen Rechte, bei den alten Persern und im Koran, sowie im ganzen christlichen Mittelalter (ein Rest noch heute in Spanien, Art. 361). — Vgl. aufser Kovalewsky u. Steinmetz l. c. nach Post, Urspr. d. R. 106; Bausteine I, 158; Afrik. Jurispr. II, 26 ff.; Ethnol. Jurispr. II, 238 ff., 369, 401; Günther, Körperverletzung, passim; Wiedervergeltung I, 44 ff., 74, 85 ff., und passim. Kohler, Azteken, 89, 102. Dareste, études, 114; Macieiowski, II, 127 f., 152 ff.; Daniel I, Ges. Art. 22, 87. Hanoteau et Letourneux, III, 73; van den Berg in „Strafgesetzgebung der Gegenw." I, 715; Rosenfeld, cod. I, 511; Thonissen, I, 152. — Fremd ist die Talion den Gesetzen des Manu; Thonissen, I, 57. Wenn Post bei Manu (VIII, 279, 286, 334 u. a.) die Talion ausgesprochen findet, so beruht dies auf der im Anhang IV gekennzeichneten Verwechslung.

9) S. Post, Bausteine, I, 241 ff., 250; Grundlagen 356; afrik. Jurisprud. I, 58; ethnol. Jurisprud. II, 222 f.; und ganz besonders Hanoteau u. Letourneux, Kabylie, III, 63 f.

10) Vgl. unten Note 22, und Ihering, Geist, I, 126 f., Schuldmoment, 8 f.; Jellinek, sozialeth. Bed. 92, 110 f.; v. Liszt, Zweckgedanke, 16. — Wo kein Schmerz eingetreten ist, bleibt auch die Rache aus: der *Versuch* einer Übelthat wird meist nicht gerächt.

11) Nach der Ausg. v. Thorsen in „Nordiske Oldskrifter". Bd. 18. Kopenhagen 1854.

spornt, gesellt sich wohl auch die Furcht, dafs der Groll des Gespenstes sich gegen die Lässigen richten möchte.[12]) Auf der anderen Seite hält wieder die Familie des Verletzers treu zu diesem[13]); und so ist die normale Form der Blutrache einfach der Geschlechterkrieg.[14]) Der Totschlag bildet ohne weiteres einen casus belli; die Feindseligkeiten zwischen den beiden Parteien werden sofort eröffnet, und zwar gegen jedes beliebige Mitglied der Familie des Totschlägers, das den Rächern in die Hände fällt. *Es ist ganz selbstverständlich, dafs dabei nach dem Verschulden der einzelnen Personen gar nicht gefragt wird.*[15]) Bis auf den heutigen Tag hat sich in dieser Form die Blutrache in Europa erhalten.[16])

---

12) Steinmetz I, 141 ff.; Kovalewsky, Osseten, 237 f.; Kohler, Papuas, 378; dazu Friedmann, Z. f. allgem. Erdkunde, 1862, S. 281; Kohler, Shakespeare 131 f.; „Recht, Glaube und Sitte" 580 ff.; Ihering, Vorgeschichte der Indoeuropäer, 59 ff. Vgl. unten die Abschnitte über altjüdisches und griechisches Recht; ähnliche mystische Vorstellungen von „Blutschuld" u. dgl. sind später auch in das germanische Rechtsleben übergegangen. Wilda, 171; Brunner, Rechtsg. II, 587 ff.

13) Nur selten kommt es vor, dafs der Verletzer von seiner Familie ausgestofsen wird; dazu müssen sehr gewichtige Gründe vorliegen.

14) Die Blutfehde ist also die Folge der Familiensolidarität (soweit nicht eine noch „ungerichtete" Rache vorliegt, die gegen alles wütet, was mit dem Thäter in irgend einer Beziehung steht). Die häufig aufgestellte Behauptung, dafs die Rache nur inter familias, nicht innerhalb der Familie selbst, geübt werde, ist wenigstens in dieser Allgemeinheit unrichtig. Man denke an Orest; Kriemhilde; die Beispiele aus der Geschichte der Waräger-Dynastie bei Ewers und Tobien; vgl. unten § 2 Note 2. Post, ethnol. Jurispr. II, 340.

15) Die blutrechtliche Haftung der Familienmitglieder nimmt die verschiedensten Formen an. Vgl. Post, Geschlechtsgenossensch. 155 ff., bes. 177, Bausteine I, 145 ff., Afrikan. Jurispr. I, 57 ff., II, 21, Familienr. 104 ff., Allg. Rechtsw. 30 f., Ethnol. Jurispr. I, 223, II, 225 ff.; Steinmetz, I, 365 ff. Wilken, Maleische ras, 96 ff.; Kohler, Vorislamit. R. d. Araber, 253; Hanoteau u. Letourneux, Kabylie, III, 60 ff.; Thonissen, II, 270 f. — Geiger, Ostiran. Kultur, 453; Kovalewsky, Osseten, 248 f., 279 f.; Walter, Das alte Wales, 139; Miklosich l. c., Wesnitsch l. c.; bei den Südslaven bestehen Brüderschaften (bratstva), die mehrere Familien umfassen und in Blut- und Fehdesachen solidarisch auftreten: Krauss, 32 ff. Manchmal dehnt sich das Band der Solidarität auf den ganzen Stamm aus: Steinmetz, I, 382 ff. — Noch in vorgeschrittenen Perioden werden die Familienangehörigen des Verbrechers haftbar gemacht, besonders dann, wenn sich seine That direkt gegen die Interessen des Gesetzgebers richtet; dieser wird in eigener Sache zum Rächer. Vgl. Kohler, Chines. Strafr., 9 f., 21 f.; Japan. R. 381; Thonissen, I, 69 f., 144, 179; Dareste, études, 115; Post, Ethnol. Jurispr. II, 226 ff., 323 ff. Hierher gehören die Verfolgungssätze des römischen Rechtes gegen die Kinder von Hochverrätern (adoptiert im mittelalterlichen Frankreich, Loiseleur, 233; und in den sonst so hochstehenden siete partidas Alfons' des Weisen, Rosenfeld in Strafges. d. Gegenw. I, 494). Ebenso die Strafen, welche die mittelalterliche Kirche über die Angehörigen von Ketzern, Apostaten u. dgl. verhängte; s. bes. Hinschius, Kirchenrecht, V, 123. In dieser Gruppe wirkt allerdings auch das Bestreben mit, die Liebe zu den Angehörigen als Hebel zu benützen, um auf verhärtete Gemüter einzuwirken.

16) Bei den Albanesen: Gopčević, 323 f. u. passim; bei den Südslaven: Po-

Ein sehr häufiger Begleiter der Rache ist die *Komposition:* die Besänftigung des verletzten Teiles durch Hingabe ökonomischer Werte.[17]) Es ist sehr unrichtig, sie ausschliefslich unter dem Gesichtspunkte des Schadenersatzes aufzufassen, wie dies so häufig geschieht: und zwar schon deshalb, weil sie gerade dort, wo der Schaden schätzbar ist, gewöhnlich ein Mehrfaches desselben beträgt. Neben dem rein materiellen Vorteil bietet sie eine Art ideeller Genugthuung: der Triumph über die Schädigung des Gegners, über die Unterwerfung und Demütigung, die mit der Bezahlung des Bufsgeldes verknüpft ist, bietet ein Surrogat jener Hochgefühle, die mit einer gelungenen Rache verbunden sind. Auch in Bezug auf die Komposition treten die beiderseitigen Familien solidarisch auf. Das Anteilsrecht der Mitglieder auf der einen, ihre Beitragspflicht auf der anderen Seite werden durch Sitte und Recht oft bis ins kleinste Detail geregelt.

Ursprünglich sind die Sühneverträge der freien Vereinbarung der Parteien anheimgestellt. Allmählich beginnt jedoch der friedebedürftige Staat hier fördernd einzugreifen. Es werden Taxen für die einzelnen Fälle aufgestellt, und die Staatsgewalt bemüht sich, das Zustandekommen des Sühnvertrages auf der so geschaffenen Basis durch allerlei

povič, 69; Krauss, 39; Miklosich, 19 f.; dazu Daniel I, Ges. Art. 39. Auf Korsika nach verschiedenen Berichten. — Höchst charakteristisch ist folgender Bericht des „Neuen Wiener Tageblatt" vom 13. Juli 1894 über einen am 7. Juli d. J. vor dem k. k. Kassationshofe in Wien verhandelten Fall, der sich in Dalmatien abgespielt hatte. Der Grundbesitzer B. lag mit den Brüdern G. in Streit, der gelegentlich hell aufloderte. B. von zweien der Brüder angegriffen, schofs einen derselben nieder und ergriff die Flucht. Am anderen Tage jedoch stellte er sich selbst der nach ihm fahndenden Gendarmerie, der er aber dringend ans Herz legte, sie möge seinen kleinen 14jährigen Bruder Stevo, seinen einzigen männlichen Blutsverwandten und Stammesträger bewachen und beschützen, damit er nicht ein Opfer der Blutrache werde. Dann liefs er sich ruhig ins Gefängnis nach Cattaro abführen. Die Staatsanwaltschaft klagte ihn wegen Totschlages an, allein das Schwurgericht in Cattaro sprach ihn wegen gerechter Notwehr frei. Noch war er nicht wieder zu Hause, als Pero G., der von dem Freispruche geradezu verblüfft war, mit einem zweiten seiner Brüder, Namens Juro, zum Hause des B. eilte und sich in den Hinterhalt legte. Da kam der 14jährige Bruder des Freigesprochenen, Stevo. Ahnungslos, ein Liedchen trällernd, näherte sich das unschuldige Kind dem Hause, als mit dem Ausrufe: Dich hat der Teufel uns in den Weg geführt! die Bluträcher auf ihn losstürzten. Der wehrlose Knabe wufste, was ihm bevorstand. Lautlos sank er in die Knie und empfing den Todesstofs. Sie erdolchten ihn und schleppten dann die Leiche in ein nahes Gebüsch. Pero G. zog dann sein Strumpfband vom linken Beine ab und schlang es dem Knaben um den Hals — nach dem dort herrschenden Volksaberglauben das sicherste Mittel, um die Spur von dem Bluträcher abzulenken. — Die Verteidigung machte, natürlich vergebens, den Versuch, die Volkssitte als „unwiderstehlichen Zwang" (§ 2 lit. g.) geltend zu machen.

17) Darüber massenhafte Nachweise in der ganzen citierten Litteratur. Besonders hervorzuheben Steinmetz, I, 406 ff., der auch auf die psychologische Erklärung der einschlägigen Details grofse Sorgfalt verwendet.

Pressionen zu erzwingen.[18]) Wo dies soweit gelingt, dafs wenigstens der Verletzte im Rechtswege seinen Anspruch auf die Komposition geltend machen kann, dort begegnen wir zum ersten Male dem Begriffe der Strafe; und zwar ist dort die Komposition eine *Privatstrafe.*[19])

Bei der Regelung des Kompositionenwesens steht naturgemäfs die vollste Sympathie der Genossen auf der Seite des Verletzten; er ist ja der Friedliche, in seinem anerkannten Interessenkreise Angegriffene. Sein Rachegefühl ist eine achtbare, von allen geteilte Regung, die innerhalb bestimmter Grenzen aller Rücksicht würdig ist: sein Standpunkt wird entscheidend für die rechtliche Regelung der Verhältnisse [20]), und behält seinen Einflufs noch lange nachdem der Staat zu öffentlichen Strafen übergegangen. *Das älteste Strafrecht ist seinem Wesen nach eine staatlich geregelte und unterstützte oder aber eine geradezu verstaatlichte Rache.*[21])

*Dieser Charakter des primitiven Strafrechtes kommt ganz besonders auch in der Regelung der Schuldfrage zum Ausdruck: es ist eine allgemein beobachtete Thatsache, dafs dasselbe auf das Verschulden des Thäters so wenig Rücksicht nimmt als die Rache selbst.*[22])

Diese Erscheinung hat zu vielen künstlichen Hypothesen Anlafs

---

18) Die Komposition ist noch anerkannt im Gebiete des türkischen Rechtes: van den Berg in Strafges. d. Gegenw. I, 729; ebenso in Montenegro: Daniel I, Ges. Art. 31, 32, 33, 34, 37; Popović 70 nennt sie „Schmerzgeld". Vgl. Krauss, l. c. 40, 194, 213 ff. Dickel in „Strafges. d. Gegenw." 341 fafst die montenegr. Komposition irrig als Geldstrafe auf.

19) Vgl. u. § 2 nach Note 6.

20) „Kurz es ist ausschliefslich die Stimme des Verletzten, die dem älteren Rechte seine Bestimmungen diktiert, es ist die Gerechtigkeit vom einseitigen Standpunkte des in seinen Rechten Gekränkten". Ihering, Geist, I, 128.

21) Vgl. Wilda, Strafr. d. Germanen 151, 167. — Dag. Waitz, deutsche Verf.-Gesch. I 428 ff. — Günther, Wiedervergeltung I 185. — Spuren dieses Ursprunges der Strafe reichen in entwickelte Perioden hinein. Der ganze Procefs wird oft darnach eingerichtet, den Rächenden genug zu thun; sie können ihn durch Sühnevertrag abschneiden; ohne ihre Zustimmung darf der Thäter nicht begnadigt werden; der Vollzug der Strafe wird ihnen überlassen. — Wilda l. c.; Frauenstädt, Blutr. u. Totschlagssühne 93 ff. Kohler, Shakespeare 175, Blutrache 10, 18; Post, ethnol. Jurispr. I, 256 ff., II, 372 f.; Miklosich, 9; Leist, gräco-ital. Rechtsg. 297, 371 ff.; Wilken, Maleische ras, 105 f.

22) Nachweise der Erfolghaftung für Rache und primitives Strafrecht finden sich bei: Post, Ursprung, 108; Bausteine I, 145 f., 174 f., 230 ff., 313 f., Grundlagen, 354 ff., Afrikan. Jurisprud. II, 28 ff., 55 ff., Allg. Rechtsw. 62, 68, 111, 121, 168. Ethnol. Jurispr. I, 237, II, 214 ff., 331 ff., 414; Kohler, Shakespeare 188; Recht als Kulturerscheinung 21; Chines. Strafr. 23 f., 30; krit. Vierteljahrsschr. N. F. IV, 185; Gerichtssaal XLI, 318 (dazu Goldziher l. c. 415); Australneger 363; Papuas 377; Goajiroindianer 381 f. Welcker, letzte Gründe 324 (Perser); Kovalewsky, Osseten, 287 ff., 295 f., 325 (besonders scharf); Ewers 139; Tobien 129 f.; Dareste, études, 213, 215; Foinitzki in Strafges. d. Gegenw. I, 270; Popović, 58, 69; Miklosich, 6; dazu Daniel I, Ges. Art. 33, 37; (unterscheidet zwischen vorsätz-

gegeben; wir werden sehen, wie man versucht hat, das System der Erfolghaftung aus einzelnen Quellenkreisen wegzuinterpretieren. Aber die Beobachtung ist eine so allgemeine und zuverlässige, dafs alle Umdeutungen vergebens sind. Es ist auch für die ersten Stufen der menschlichen Entwicklung gar nichts Wunderbares daran, im Gegenteile, es müfste uns höchlich überraschen, wenn wir hier ein so unbefangenes und verständnisvolles Eingehen auf fremde seelische Zustände fänden, wie es die Voraussetzung für die Entstehung der Schuldidee ist. Dazu kommt dann noch die eben dargestellte innige Verknüpfung der Erfolghaftung mit dem lange fortwirkenden Rachegedanken. Daneben haben auch noch einige andere Momente in gleichem Sinne gewirkt.[23])

So vor allem der das Kindesalter der Völker charakterisierende Zug des *Animismus*[24]), der die Erscheinungen der äufseren Natur auf den Willen belebter Wesen zurückzuführen sucht, und zu diesem Zwecke die Welt phantastisch bevölkert. „Durch die Schöpfung flofs da Lebensfülle, und was nie empfinden wird, empfand." Eine Weltanschauung die so bereit ist, Zusammenhänge zwischen Ereignissen und Willensakten eines fabelhaften Wesens zu erdichten, wird sich naturgemäfs dagegen sträuben, zwischen rein äufserlichem Zusammentreffen und gewolltem Erfolge dort zu unterscheiden, wo die Handlung einer bestimmten Person als Ursache des Ereignisses gegeben ist.[25]) So dürfen wir wohl annehmen, dafs die animistische Anschauung einer Sonderung der subjektiven Thatbestände hindernd im Wege gestanden sei.[26])

---

lichen und unvorsätzlichen Tötungen: letztere werden milder bestraft. Dickel in Strafges. d. Gegenw. hält dies mifsverständlich für eine Einteilung in vorsätzliche und fahrlässige Delikte). — Wilken, Maleische ras 101, (unrichtig daselbst die Erklärung aus dem Charakter des Wergeldes als Ersatz). Bei den Kabylen gilt Erfolghaftung nur im Gebiete des Racherechtes, dort aber vollkommen: Hanoteau et Letourneux, III, 63 f. — Schwankend das japanische Recht: Kujikata-Osadamegaki, Buch I, Art. 64; Hiakkajo A. 71 Z. 35, 36, 38; Rei-Gaki 72 (ed. Rudorff). Vgl. Kohler, japan. R. 389 f., Post, ethnol. Jurispr. II, 218.

23) Die Herleitung der Erfolghaftung aus der geschlechterrechtlichen Organisation der Gesellschaft, wie sie Post gelegentlich andeutet, kann ich nicht billigen; ich finde hier keinen stringenten Zusammenhang.

24) Vgl. Höffding, Psychologie, übers. v. Bendixen, 2. Ausg. 1893 p. 9 ff. Gomperz, Griechische Denker, I, (1893 f.) S. 12 ff. — Die animistische Auffassung der Griechen verherrlicht Schillers Gedicht: die Götter Griechenlands, aus dem das obige Citat entnommen ist.

25) Ich möchte deshalb noch nicht von einer durch den Animismus hervorgerufenen Präsumtion des Dolus sprechen; die ganzen Verhältnisse widersprechen einer so scharfen Präzisierung.

26) S. Brunner, absichtsl. Missethat 823 „dafs das germanische Strafrecht entsprechend der pantheistischen Weltanschauung des germanischen Heidentums den Zufall nicht kennt". Vgl. Wilda p. 552. — Bei den Negern herrscht der Glaube, dafs alle Todesfälle entweder auf Verwundung oder auf Verhexung und tötenden Zauber zurückzuführen sind. Post, Afrik. Jurispr. II 28 ff.; Allg. Rechtsw. 68; Kohler, Australneger, Z. f. v. R.-W. VII, 365.

In spätere Epochen reicht die Wirkung der *Talionsidee* hinein. Unstreitig hat sie etwas Bestechendes in sich: die unparteiische, förmlich mathematische Gleichheit, die sie zum Prinzip erhebt, hat unzähligen Generationen als das Ideal göttlicher und menschlicher Gerechtigkeit gegolten. Es ist selbstverständlich, dafs in den ältesten Zeiten irgend eine Verschuldung so wenig Voraussetzung der durch das Talionsrecht gemäfsigten Rache war, als sie es für die Racheübung überhaupt gewesen ist. Aber wir werden sehen, dafs die Erfolghaftung länger als sonst sich in Verknüpfung mit der Talionsidee erhält, während ringsherum schon das Schuldprinzip zum Durchbruch gekommen ist. Sicherlich haben dabei auch historische Reminiscenzen mitgewirkt; aber zu diesen tritt noch ein inneres Gebrechen der Talion: ihr absoluter Mangel an Elastizität. Jeder Fortschritt in der Schuldlehre vollzieht sich derart, dafs einerseits besonders schwere, anderseits besonders nachsichtswürdige Fälle abgesondert und mit verschieden abgestuften Strafsanktionen versehen werden. Eine solche Differenzierung der Thatbestände nach der subjektiven Seite läfst die Starrheit der Talionsformel einfach nicht zu; es bleibt also nur zu leicht bei der alten Erfolghaftung. Doch ist eine Weiterentwickelung nicht ausgeschlossen. Wo die Talion in eine Periode hineinragt, in der das Schuldprinzip völlig gefestigt ist, wird sie etwa — wie im späteren römischen Rechte bei der calumnia — auf die dolose Begehungsform eingeschränkt.[27])

Ein weiteres hemmendes Moment hat man in der Einwirkung des *Kultes* finden wollen. Auf diesen führt v. Amira die Tierstrafen des Mittelalters zurück, die sich in Montenegro noch bis in die Gegenwart erhalten haben.[28]) Auch sonst finden wir noch in vorgeschrittenen Perioden eine Nichtberücksichtigung der Schuldseite gerade dort, wo die Strafe eigentlich ein Kultakt ist oder doch mit Kultvorstellungen sich verknüpft.[29]) „Der Kult läfst Unterscheidungen von Schuld und Zurechnungsfähigkeit nicht leicht wirksam werden. Nicht sich, sondern der Gottheit will die Gesellschaft Genugthuung gewähren. Diese aber

---

27) Vgl. Kohler, Nachwort zu Shakespeare, 17 ff. Günther I, 14. 25 f. — Berühmt ist die Stelle in Gellius, Noctes Atticae XX, 1, wo der Philosoph Favorinus gegen die XII tabb. geltend macht, es sei unmöglich „quod imprudentia factum est, retaliari per imprudentiam“. Der Einwand trifft den Kern der Sache nicht. Weitere Stimmen für und wider die Talion s. bei Günther I 14, II 94, 99 ff., 104 ff., 134, 139, 165, 200. — Begeisterte Anhänger der Wiedervergeltung in Form der Talion (auch der sog. symbolischen) sind noch v. Globig und Huster in ihrer „Abhandlung von der Criminalgesetzgebung“. Zürich 1783. Vgl. p. 56 f., 73, 180 f., 196 (Aug um Auge!), 206 f. (für Beschimpfungen), 236 u. a.

28) v. Amira, Thierstrafen, 28.

29) So z. B. bei Verwandtenmord; vgl. Kohler, Chines. Strafr. 21 f. Über die termini motio der Römer s. u. § 5 Anhang V. Über die reinen Sakraldelikte der Inder und Römer s. u.

mufs gewährt werden an dem Dinge, welches die Kränkung der Gottheit verursacht hat.“ [30])

Die Beobachtung, dafs der Kult in Bezug auf die Schuldidee oft rückständig ist, trifft zu; aber die vorgebrachte Erklärung scheint mir nicht zureichend. Warum sollte denn die Gottheit auf ihrer ethischen Höhe taub sein gegen eine Entschuldigung, welche die Menschen als gerecht anerkennen müssen?

Die richtige Deutung der fraglichen Thatsachen scheint mir nicht allzu ferne zu liegen. Bei allen Völkern zeichnet sich der Kult durch eine höchst konservative Tendenz aus. An sich schon ist die göttliche Satzung unbeweglicher; sie giebt sich meist als lex in perpetuum valitura; und diese Unbeweglichkeit entspricht einem spezifischen Bedürfnisse des Kultes. Je älter eine Institution ist, desto ehrwürdiger erscheint sie der Menge; je mehr sie den nüchternen Verstand befremdet, desto eher befriedigt sie das Bedürfnis nach einer deutungsreichen Mystik. Darum umgibt der Kult oft längst verstorbene Ideen wie mit schützender Bernsteinhülle und erhält sie der Nachwelt.[31]) Und so dürfte auch in unserem Fall es sich nur um eine Konservierung von Sätzen handeln, die der Kult einer verflossenen Periode dem allgemeinen Rechtsbewufstsein entnommen hatte. Unterstützend mag dabei mitgewirkt haben die besondere Gewissenhaftigkeit, ja Ängstlichkeit, mit der die religiösen Pflichten erfüllt werden; man thut lieber zu viel, als dafs man sich der Gefahr aussetzte, zu wenig zu thun.[32])

Aber im Wesen des Sakralrechtes liegt durchaus nicht eine Tendenz zur Erfolghaftung begründet; das gerade Gegenteil ist vielmehr der Fall. Die Religion betrachtet die menschlichen Handlungen von einer höheren Warte aus; sie mifst nicht ihre Beziehungen zu dem einzelnen, sondern ihre Beziehungen zu der über allen stehenden, unparteiischen Gottheit; wo das Sakralrecht strafend eingreift, will es die Stellung der Gemeinde gegenüber der Gottheit schützen: es wahrt also ein *öffentliches* Interesse. Damit ist der Boden für die Entwicklung der

30) v. Amira l. c. 30 f., 33 ff.; vgl. Welcker, letzte Gründe 297 ff.; in anderer Schattierung Luden, Abhandl. I, 74: nach alter Anschauung weise das Schicksal dem Menschen seine Rolle zu nach seinem Verdienste; der böse Erfolg, den er veranlafst hat, ist sein Schicksal und darum auch seine Schuld. Ähnlich schon Rosshirt im Neuen Archiv d. Crim.-R. VIII (1826) p. 386; vgl. dazu die charakteristische Ausdrucksweise in 2. Mos. 21, 13: „hat er ihm aber nicht nachgestellt, sondern Gott hat ihn lassen ohngefähr in seine Hände fallen“.

31) Man vergleiche Ihering, Vorgeschichte der Indoeuropäer, der die antikisierenden Züge des römischen Kultes fortwährend als Schlüssel für die Rätsel der arischen Vorzeit benutzt.

32) So mag auch der Totenkult zur Erhaltung der Erfolghaftung beigetragen haben. Man konnte nicht leicht Unterscheidungen zwischen Schuld und Zufall machen, solange man nicht völlig sicher war, dafs die Seele des Ermordeten das billigen werde. Vgl. Steinmetz, I, 291 ff.

Schuldidee gegeben. Und in der That werden wir sehen, dafs im altjüdischen, griechischen und römischen Rechtsleben das Sakralrecht dem weltlichen Rechte aller Wahrscheinlichkeit nach geradezu bahnbrechend vorangegangen ist. Freilich folgen dann wieder Perioden der Stagnation; das Sakralrecht wird von der allgemeinen Entwicklung überflügelt und erscheint dieser gegenüber als rückständig. —

Wir haben hier, um dem Kulte seine richtige Stellung zuzuweisen, dem Gange der Untersuchung vorgreifen müssen, und nehmen nun den Faden wieder auf. Wir haben die Kräfte kennen gelernt, welche dem Durchdringen der Schuldidee im Wege standen; aber sie waren kein unüberwindliches Hindernis. Wenn wir von der ältesten Zeit absehen, so können wir häufig wahrnehmen, wie der schuldlose Thäter mannigfache Begünstigungen erfährt. Die verletzte Partei ist ihm gegenüber eher geneigt, das Bufsgeld entgegen zu nehmen[33]; die Staatsgewalt sucht diese Sitte zu festigen und verzichtet wohl ihrerseits auf das Friedensgeld, wo sie ein solches für Rechtsbrüche fordert[34]; sie macht zu seinen Gunsten von dem Begnadigungsrechte Gebrauch[35]; bis schliefslich das Schuldprinzip völlig zum Durchbruch gelangt.

Es ergiebt sich die Frage: *welche Erwägungen haben den Anstofs zur Entwickelung der Schuldidee gegeben, und wodurch gelangte diese zu ihrer Ausbildung?*

Eine erschöpfende Beantwortung dieser Frage wäre für die Geschichte des Rechtes und der Ethik von der allergröfsten Bedeutung; trotzdem ist über sie sehr wenig nachgedacht worden. Die meisten Autoren nehmen das Schuldprinzip als etwas so Selbstverständliches an, dafs sie sehr überrascht sind, wenn sie es nicht antreffen und nach Gründen für einen so abnormen Zustand suchen. Diese Denkweise ist anachronistisch; unsere moderne Auffassung entspricht vielmehr einem schon vorgeschrittenen Stande der Weltbetrachtung, und der Historiker mufs nach den Kräften suchen, auf die der Fortschritt zurückzuführen ist.

Es steht wohl aufser Frage, dafs es zuerst der kasuell Verletzende war, der den Zufall als Entschuldigung vorbrachte; welche Umstände waren ihm dabei behilflich?

Gehen wir zunächst wieder vom Standpunkte des Verletzten aus,

---

33) Post, Bausteine I, 150; Allg. Rechtsw. 62; Ethnol. Jurispr. I, 238, II 216 f.; Kohler, Shakespeare, 161; Blutrache 23 f.; Berbern, Gerichtssaal XLI, 318 ff.; Hanoteau et Letourneux, III, 56 f., 68; Dareste, études, 63; Ta-tsing-leu-lee, sect. 292; Macieiowski, II, 131, 183 ff.; Gopčević 327; vgl. das Dekret des Mathias Corvinus bei Miklosich l. c. 41; und Wilda, 175. Bei den Osseten wird der Blutpreis von den Vermittlern niedriger fixiert: Kovalewsky, 296.

34) Post, Bausteine I, 180, 241; Kohler, Berbern, l. c.; germanische Rechte (s. u. § 2).

35) Kohler, Chines. Strafr., 4, 7 ff.; Brunner, absichtslose Missethat, 819 f.; Stephen, history, III, 35 f.

so finden wir in jedem Angriff auf seine Rechtsgüter gleichzeitig einen Angriff auf seine persönliche Ehre. Wer sich an meinen Rechtsgütern vergreift, weifs, dafs ich mir das nicht werde gefallen lassen, und indem er dieses Bedenken nicht beachtet, erzeigt er mir selbst seine Geringschätzung; er behandelt mich wie einen Knecht, der seine Willkür ertragen mufs: er *höhnt* mich [36]). Je stolzer und freier der Verletzte sich fühlt, desto heftiger wird ihn dieser Stachel schmerzen. Darum gilt die Rache bei allen stolzen Völkern als ein *Ehrenhandel*, der unbedingt, mit Einsetzung der ganzen Persönlichkeit erledigt werden mufs; darum verlangt der Verletzte, wenn er komponieren soll, neben der Geldsumme *als Äquivalent für die erlittene Kränkung, dafs der andere sich vor ihm beuge und demütige.*[37])

Nun zeigt aber eine höchst einfache, sicherlich auch einer minder vorgeschrittenen Kultur zugängliche Überlegung, dafs in einer zufälligen Verletzung keinerlei Verhöhnung steckt. Von einer Nichtachtung meiner Person kann nicht die Rede sein, wenn der Verletzer gar nicht daran dachte, mit meiner Interessensphäre zu kollidieren. Sucht er dann noch in loyaler Weise Versöhnung, so wird der Stolz des Verletzten dagegen keine Einsprache erheben.[38])

---

36) Vgl. Grimm, Rechtsaltertümer, II 622; und den Bericht des Gellius, noctes Atticae VII, 14 (ed. Hertz) über die Gründe der Strafe; nach der Auffassung der Philosophen gebe es deren drei: Altera est, quam hi, qui vocabula ista curiosius diviserunt, τιμωρίαν appellant. Ea causa animadvertendi est, cum dignitas auctoritasque eius, in quem est peccatum, tuenda est, ne praetermissa animadversio contemptum eius pariat et honorem levet: idcircoque id ei vocabulum a conservatione honoris factum putant. Der gleiche Gedanke liegt Iherings „Kampf ums Recht“ zu Grunde; (s. insbes. 8. Aufl. p. 20 ff.). — Bei den Kabylen zahlt der Dieb — sofern er nicht als fur manifestus der Rache verfällt — dem Verletzten aufser dem einfachen Ersatze noch ein „Ehrengeld“ (h'orma). Hanoteau u. Letourneux, III, 87 ff. Vgl. Welcker, letzte Gründe, 312. 317 ff. Hoffmann, bei Ersch u. Gruber XI. 89; du Boys, peuples modernes I, 12. — Wenn die Stoiker gegen „den falschen Ehrbegriff, der die Rache für notwendig hält“, eifern (vgl. Bonhöffer, die Ethik des Stoikers Epictet, 1894, pp. 101, 119 f., Anm. 80, 81), so brechen sie darin, wie in so vielen anderen Punkten, durchaus mit den Traditionen der Antike.

37) „Est enim consentaneum rationi ut curatis per contraria contrariis per humilitatem quisque studeat emendare quod presumpsit per superbiam irrogare.“ (Sunesen V, 6). Vgl. unten § 2 N. 4 und Steinmetz, I, 444 ff. Wilda 160, 175; Gopčević, Oberalbanien 334; Macieiowski II 183 ff.; Miklosich, l. c., Anhang; Kovalewsky, Osseten, 238 ff.; Frauenstädt, Blutrache, 109 ff.; Kohler, Strafr. d. Berbern, Gerichtsaal XLI, 318 ff.; Hanoteau u. Letourneux, Kabylie, II, 68 f. Es ist bereits o. bemerkt worden, dafs schon in der Anerkenntnis und Bezahlung der Komposition eine solche Demütigung liegt.

38) Vgl. o. N. 33. „Ainsi le meurtre commis par un idiot ou par un insensé, l'homicide par imprudence . . . . la mort d'un homme frappé par un animal, sont des cas où *l'honneur de la famille* (*h'orma*) *n'est pas engagée directement* et où l'opinion publique n'exige pas impérieusement l'effusion du sang“. Hanoteau et Letourneux, Kabylie III, 68.

Ein anderer Gesichtspunkt, der vielleicht mehr für die unbeteiligten Zuschauer mafsgebend ist, wäre der folgende. Wer gleichsam als Werkzeug des Schicksals unschuldiges Blut vergossen hatte, geriet dadurch selbst in eine höchst peinvolle Lage. Nun mufste es vorkommen, dafs unter diesen Thätern auch Personen waren, die sich der allgemeinen Liebe und Achtung erfreuten. Wie nahe liegt da für den Dritten der Gedanke „Mir selbst hätte dieses Unglück ebenso leicht widerfahren können". Dieser Gedanke erregt erfahrungsgemäfs unser *Mitgefühl* in hohem Grade; wir sehen auch, dafs die griechischen Tragiker gerne das Problem des schuldlosen Verbrechers vorführen, wenn sie ihr Publikum dazu bringen wollen, *mit dem Helden* des Stückes *zu leiden*. Aus solchen Sympathieen entspringt sehr leicht eine Opposition gegen das „strenge Recht" — man ist geneigt, „Gnade für Recht" ergehen zu lassen.[39])

Sind es bisher individuelle Anschauungsformen gewesen, die schüchtern zu Gunsten des Schuldgedankens wirken, so ändert sich das ganze Verhältnis von dem Momente an, wo der *Staat* dem Verbrechen aus dem Gesichtspunkte eines *öffentlichen Interesses* strafend entgegentritt.

Als die germanische Rechtsgenossenschaft zur Einsicht kam, dafs Verbrechen und Rache den inneren Frieden störe, die Gemeinschaft nach innen uneinig, nach aufsen schwach mache, da erliefs sie an die Unterthanen ein *Friedensgebot*, das sie mit ihrer ganzen Autorität deckte. Eine Übertretung dieser *Norm* erscheint als *Ungehorsamsdelikt*, als Auflehnung wider die Autorität des Gesetzgebers.[40])

Wie nun der einzelne bei Zufallsverletzungen seine persönliche Ehre nicht gefährdet sieht, so fühlt der Staat sein Wort nicht mifsachtet, sein Ansehen nicht verletzt, wenn sein Gebot unwissentlich übertreten wurde; niemand wird es ihm, wie einem einzelnen, als Schwäche und Feigheit auslegen dürfen, wenn er nicht auf jedes objektive Unrecht reagiert. Darum betrachtet er das Zufallswerk nicht als Friedensbruch.[41])

Das ist nur ein Beispiel für den allgemeinen Satz, der besagt, dafs *überall dort, wo mit der Strafe in erster Linie ein öffentliches Interesse gewahrt werden soll, das Schuldprinzip günstige Bedingungen findet;* wir haben das bereits gelegentlich der Besprechung des Sakralrechtes konstatiert, und werden es noch im Verlaufe der Geschichte wiederholt wahrnehmen. Die Gründe dieser Erscheinung liegen auf der Hand; einerseits gehört die im öffentlichen Interesse verhängte

39) Über die dem flüchtigen Totschläger zu erweisende αἰδώς s. u. § 4, Anm. 5; nach Aristoteles, Nic. Eth. III, 1, (im Anfang) und III, 2, 1111 a, verdient derjenige, welcher unvorsätzlich frevelt, Mitleid und Verzeihung (ἔλεος καὶ συγγνώμη). Wie wir sehen werden, spielt im Mittelalter bei absichtslosen Verletzungen die Gnade des Königs eine sehr grofse Rolle; vgl. Note 35.

40) Vgl. Merkel, Zusammenhang, 6 und die Ausführung in Anhang VI.

41) Vgl. o. Note 34, u. bes. auch u. § 2.

Strafe überhaupt erst einer späteren, gereifteren Zeit an; anderseits ist der Staat — wenigstens den eigenen Bürgern gegenüber — ruhiger und leidenschaftsloser, daher allen das Schuldprinzip fördernden Erwägungen zugänglicher, als der Einzelne; durch blindes Wüten würde er ja nur sich selbst schädigen.[42])

Wo ein öffentliches Strafrecht besteht, mufs es nicht notwendig das Privatstrafrecht verdrängen; beide können unter Wahrung ihres Charakters neben einander bestehen. Ich werde im nächsten Abschnitte darzulegen versuchen, dafs dies im germanischen Strafrechte der Fall war und möchte hier nur darauf hinweisen, dafs uns das Recht der Kabylen ein besonders scharf geprägtes Beispiel für diese Koexistenz von Racherecht und öffentlichem Strafrecht bietet. Hanoteau und Letourneux geben im dritten Bande ihres ausgezeichneten Werkes ein vollständiges Bild dieser beiden selbständigen Zweige des Strafrechtes, die sie als droit *privé* und droit *social* scharf sondern. Das kabylische Blutracherecht kann geradezu als Paradigma dienen: Haftung der Familie für Thaten ihrer Mitglieder, ein Nacken für den anderen; keine Rücksicht darauf, ob der Thäter Kind oder Wahnsinniger ist, ob er vorsätzlich, fahrlässig oder zufällig gefrevelt; nur dafs im letzteren Falle die Sitte gestattet, ein Wergeld zu nehmen. Dieses Racherecht wird von der Dorfgemeinde offiziell anerkannt. Aber die Gemeinde selbst hat ihren eigenen Strafkodex, ein soziales Recht, das in allen angegebenen Punkten von den entgegengesetzten Prinzipien ausgeht; es haftet nur der Mündige, Geistesgesunde, für seine vorsätzliche Handlung.[43])

So wären wir denn bis zur Entstehung der Schuldidee gelangt und müssen damit diesen Abschnitt schliefsen; von universellen Zügen der dogmatischen Ausbildung des Schuldbegriffes kann keine Rede sein. Nur soviel läfst sich allgemein feststellen, dafs im ersten Stadium die menschlichen Handlungen in schuldhafte und nicht schuldhafte geteilt werden, und zwar wird ein Vorsatzbegriff geschaffen, und was nicht unter diesen fällt, gilt als juristischer Zufall. Das römische Recht behilft sich mit dieser Einteilung bis zur Zeit Hadrians, wo eine zweite strafrechtliche Schuldform, die culpa, angegliedert wird. In unserem Jahrhundert erst beginnen die Zweifel, ob die möglichen Schuldformen durch die römische Einteilung erschöpft seien.

---

42) Es ist nicht ausgeschlossen, dafs aus ähnlichen Gründen auch im Rahmen der *häuslichen Justiz* welche zuerst eine gesellschaftliche Strafgewalt ausübt, das Schuldprinzip früh zum Durchbruch kam; doch ist uns darüber nichts Positives bekannt, wie überhaupt die materiellen Grundsätze, von denen diese alten Familiengerichte ausgiengen, als rein interne Angelegenheit nicht zum Gegenstande von Aufzeichnungen gemacht wurden. Ein negatives Beispiel s. u. § 2 Anm. 2. Vgl. Kovalewsky, Osseten, 311 ff., 346 ff.; Dareste, études, 150 f.; Steinmetz, II, 177 ff.

43) Vgl. l. c. p. 56 ff., 60 ff., 106 ff., 124 ff., 128, 146, 151, 174 f., 181 f., 225.

## Anhang I. Prinzip der Rache.

Post (Bausteine, I. 140ff., 158; Grundlagen, 354ff., 362, 384f.) sieht in der Rache die tellurisch-organische Äufserungsform eines allgemeinen kosmischen Gesetzes, welches der Erhaltung des Individuums dient. (Vgl. v. Liszt, Zweckgedanke, 7ff., Lehrb. 5: Triebhandlung im Dienste der Arterhaltung). Das Prinzip der Rache sei die *Herstellung des bestandenen Gleichgewichtes der Kräfte* durch einen Eingriff in die Sphäre des Angreifers. Der letzteren Auffassung widerspricht die allgemeine (auch von Post) anerkannte Beobachtung, dafs die Rache, zügellos sich selbst überlassen, nur in einem *mafslosen* Überschiefsen der erlittenen Kränkung ihre volle Befriedigung findet; sie kann also kein Mafsprinzip haben. Ferner die Thatsache, dafs die Rache auch gegen Tiere und leblose Gegenstände geht; da kann doch von einer Wiederherstellung des Gleichgewichtes der Kräfte nicht die Rede sein. — Nach v. Hartmann, Phänomenologie des sittl. Bewufsts., 199ff. ist die Rache Wiederherstellung des durch das Verbrechen verletzten *sittlichen* Gleichgewichtszustandes, der unterbrochenen ethischen Harmonie der Gesellschaft, eine Negation der Negation und dadurch wenigstens idealiter Herstellung des ethischen status quo ante, d. h. *Sühne* des Unrechts. (Ich gestehe, mir bei dem Worte „sittlicher Gleichgewichtszustand“ nur ganz nebelhafte Vorstellungen bilden zu können). Der Gegenstofs müsse genau der Gröfse der Verletzung entsprechen. Die Mafslosigkeit, welche bei der Rache nicht selten gefunden wird, sei nicht eigentlich Folge des *Vergeltungstriebes*, sondern des zu diesem hinzukommenden *Hasses* — eine Scheidung, die mir nicht zulässig erscheint. Jedenfalls trifft der zweite oben gebrachte Einwand auch diese Auffassung, da man von der Störung des sittlichen Gleichgewichtes durch ein Tier, einen fallenden Baum u. dgl. nicht wird reden können.

## Anhang II. Strafe durch Prokuration.

Mit der blutrechtlichen Haftung der Familienmitglieder steht vielleicht im Zusammenhange die bei den verschiedensten Völkerschaften beobachtete *Strafe durch Prokuration*. Im ältesten chinesischen Strafrecht können sich die Familienmitglieder gegenseitig in der Todesstrafe vertreten — anderwärts werden auch Fremde zu einer solchen Vertretung, zu einer *Strafbürgschaft*, zugelassen. Die strafrechtliche Vertragsformel „Ich stelle den Freund dir als Bürgen, ihn magst du, entrinn ich, erwürgen“ ist eine weit verbreitete und wird zunächst ad litteram genommen. „Bürgen soll man würgen“ sagt das deutsche Rechtssprichwort. Wieder ein Beleg, dafs es dem primitiven Strafrechte mehr auf eine Genugthuung für den Verletzten, als darauf ankam, dafs gerade der Schuldige sie gewähre; genug, wenn die Missethat überhaupt von irgend jemand gebüfst wurde! Diese Äufserlichkeit der Auffassung ist uns kaum mehr verständlich. Vgl. Post, Bausteine, I. 236; Grundlagen, 356; Kohler, Shakespeare 60, Nachwort zu Sh. 8f.; Chines. Strafr. 10; Japan. R. 390f. — Das nähere über die deutschrechtliche Strafbürgschaft s. u. § 6.

## Anhang III. Handhafte That.

Auf das ursprüngliche Racherecht ist auch die sehr verbreitete Erscheinung zurückzuführen, dafs der auf *handhafter That* ertappte Ver-

brecher (insbes. der Ehebrecher und der Dieb) eine aufserordentlich nachteilige Behandlung erfährt. Oft darf er einfach getötet werden, während die Strafe, wenn es ihm gelingt, nec manifestus zu bleiben, im Verhältnisse recht gering ist. Das Recht macht — immer wieder auf des Verletzten Seite sich stellend — den Rachegefühlen desselben eine Konzession. Den ersten Zorn, wie er bei gleichzeitiger Entdeckung der That und des Thäters auflodert, mit kühler Ruhe zu meistern, ist für den kräftig empfindenden Sohn unverfeinerter Zeiten eine übermäfsige Aufgabe, die ihm sein Gesetzgeber nicht zumutet (vgl. Ihering, Geist, I. 127; Schmidt, Ethik, II. 315, 318). Daher werden Rachehandlungen von charakteristischer, an die Vorzeit erinnernder Mafslosigkeit in diesem Falle ausnahmsweise noch gestattet, während die Rache sonst bereits in enge Schranken gebannt oder ganz verboten ist. Vgl. aufser dem griechischen und römischen Rechte noch beispielsweise Bernhöft in Z. f. vergl. R.-W., II. 296 ff.; Post, Familienr. 125 ff., Ethnol. Jurisprud. II. 427 f., 441 f.; Dareste, Études, 150, 167, 202, 207, 209 und bes. 300 f.; Wilken, Maleische ras, 88 ff., 101 f., 108; Kovalewsky, Osseten, 250 ff.; die Bestimmungen der russ. Prawda, V, bei Ewers, l. c. 266; Macieowski II, 126 f.; IV. 288; Jireček, Recht in Böhmen, 55 f.; Daniel I., Ges. §§ 34, 35, 72, 79, 84. — Wilda, 872 f.; Osenbrüggen, Langobarden, 118 ff.; del Giudice, La vendetta nel diretto longobardo, 20, 22 f., 29; Horten, Personalexecution, I. 93, 135; Blumer, Staats- u. Rechtsg. d. schweizer. Demokratieen, I. 395; Frauenstädt, Blutrache, 102.

Für das germanische Recht giebt Brunner (Abspaltungen, 78 f., Rechtsg. I, 169, II, 481 ff., ähnlich Schröder, Lehrb. 76) eine andere Erklärung. In den Nachteilen, die den handhaften Thäter treffen, erblickt er einen Ausflufs der germanischen Friedlosigkeit. „War die That handhaft und durch Gerüfte verlautbart, so *bedurfte es nicht erst einer Friedloslegung.* Der Thäter hatte sich, wie eine jüngere Rechtsquelle sagt, selbst friedlos gemacht .... die Tötung war Achtvollzug“. Wäre diese Auffassung wirklich mafsgebend, so würde sich daraus mit zwingender Konsequenz ergeben, dafs eine Tötung des handhaften Thäters nur dann erfolgen darf, wenn seine That an sich schon mit Friedlosigkeit, resp. in späterer Zeit mit Todesstrafe, bedroht ist. Denn nur in diesem Falle kann man angesichts der Offenkundigkeit des Verbrechens die formelle Friedloslegung als etwas Entbehrliches aus der Reihe: Verbrechen, Friedloslegung, und Exekution, einfach fortlassen. Nun erleidet aber auch im germanischen Rechte der handhafte Thäter nicht blofs diesen prozessualen, sondern auch empfindliche materiellrechtliche Nachteile. Der fur manifestus haftet mit dem Kopfe, der fur nec manifestus nur mit dem Geldbeutel. (S. Brunner, Abspaltungen 79, 93, Rechtsg. II, 483, 642 f. Vgl. Löning, Reinigungseid, 248, Anm.). Die Anklänge an die Friedloslegung, die sich bei dem Verfahren finden mögen, erklären sich wohl dadurch, dafs für manche Perioden die Rache unter dem Gesichtspunkte partieller Friedlosigkeit erschien (s. u. § 2, N. 18). — Gegen Brunners Hypothese spricht auch die vergleichende Rechtswissenschaft; sie zeigt uns eine völlig gleichmäfsige Behandlung des handhaften Thäters auch in Rechten, wo eine analoge Erklärung aus dem Gesichtspunkte der Friedlosigkeit ausgeschlossen ist, da dieses Institut dort keine oder nur eine sehr untergeordnete Rolle gespielt hat: so im römischen und griechischen Rechte. Wir müssen trachten, die Erscheinung auf Ursachen zurückzuführen, die in allen Rechtsgebieten gleichmäfsig gewirkt haben; diesem Postulate genügt nur die Herleitung aus der Rache

(vgl. Bruner, Rechtsg. I, 158). — Es handelt sich dabei nur um die Erklärung des *Ursprungs* dieser Einrichtungen; dafs sich in späterer Zeit manche andere Vorstellungen an sie geknüpft haben, ist sehr leicht möglich. So kann es sein, dafs gerade in Rom der lange Fortbestand dieser Rechtssätze sich daraus erklärt, dafs man es für ganz erspriefslich hielt, den Verbrecher unter dem Damoklesschwert der Entdeckung sich ängstigen zu lassen.

## Anhang IV. Abgrenzung des Talionsbegriffes.

Post, Günther u. a. betrachten es als eine „symbolische“ oder „analoge“ Talion, wenn der Münzfälscher durch das von ihm mifsbrauchte Feuer gestraft wird, wenn die meineidige oder fälschende Hand abgehauen, wenn dem Späher die verräterische Zunge ausgerissen wird u. dgl. m. Solche Erscheinungen haben wohl mit der Talionsidee nichts zu thun. Ihr Symbolismus dient dem *kriminalpolitischen* Zwecke des „ostendere scelera dum puniuntur“; zum Teile sollen sie wohl auch die Gesellschaft vor Wiederholung des Verbrechens durch den Thäter sichern. Interessant ist die in den „sacred books“ mitgeteilte Meinungsverschiedenheit der alten Kommentatoren des Manu (VIII. 334) „With whatever limb a thief in any way commits (an offence) against men, even of that (the king) shall deprive him *in order to prevent (a repetition of the crime)*“. Andere verstehen den Schlufssatz: „*in order to deter (others)*“. Vgl. zu dieser Stelle Jolly in der Z. f. vergl. R.-W. IV. p. 327 u. im allg. Brunner in der Z. d. Savigny-Stiftg., XI. german. Abt. p. 256 ff. und „Rechtsgeschichte“, II, 588 f. (er gebraucht den treffenden Ausdruck „*spiegelnde Strafen*“); v. Amira, „Recht“, p. 178; Welcker, Letzte Gründe, 313; du Boys, Histoire ... des peuples modernes, II, 614 ff.; Loiseleur, 155 f. — Teilweise anders die Auffassung Leists für das altindische Recht. Er scheidet zwar ebenfalls diese Erscheinung von der Talion: „Man soll mit demselben Gliede, oder in derselben Weise (nicht: wie man den Gegner hat leiden lassen, sondern) wie man selbst gesündigt hat, leiden“. Während das Talionsprinzip den Rachegedanken verkörpert, sei unser Prinzip eine Verkörperung des *Bussegedankens*. Alt-arisches jus gentium, 325 ff., 358. — Über solche „peines expressives ou analogues“ im ägyptischen Recht s. du Boys, Histoire ... des peuples anciens, 20.

## Anhang V. Das angebliche arische Prinzip der Schuldhaftung.

In drei grossangelegten, sicherlich sehr anregenden und verdienstlichen Arbeiten hat es Leist unternommen, eine Entwicklung des Rechtes innerhalb des *arischen* Stammes zu liefern, indem er die Vergleichung von Rechten nicht stammverwandter Völker verwirft. Diese ablehnende Haltung hätte eine teilweise Berechtigung, wenn die Resultate der Forschungen auf dem Gebiete der Urgeschichte in einer Weise objektiv gefestigt wären, wie sie der subjektiven Sicherheit, mit der sie zumeist vorgetragen werden, entspräche. Wie wenig dies der Fall ist, zeigt mit dankenswerter Offenheit Schrader (Sprachvergleichung und Urgeschichte) auf jedem Blatte seines so interessanten Buches. Deshalb glaube ich mit den meisten Vertretern der sog. ethnologischen Jurisprudenz, dafs die vergleichende Rechtswissenschaft schlecht daran thäte, sich an Schematisierungen gebunden zu erachten, die heute anerkannt sind und morgen verworfen werden. Warnen

doch neuerdings gewichtige Stimmen vor der Verwertung solcher Sprach- und Volkstypen, wie der gräko-italischen (Delbrück und Schrader, l. c. 77 ff.), die eine Zeitlang unumstöfslich festgestellt schienen. Dazu kommt noch, dafs Arier und Nichtarier zu verschiedenen Zeiten in lebhaftem Kulturtauschverkehr gestanden sind, was neuestens Ihering (Vorgeschichte der Indoeuropäer) mit Recht betont. Die vergleichende Rechtswissenschaft mufs daher ihren Blick erweitern, und alles ihr zugängliche Material, nach *innerer* Verwandtschaft geordnet, sammeln; die Vergleichung innerlich verwandter Rechtsgedanken erscheint durchaus zulässig, ohne der Stammesgeschichte der Völker vorzugreifen; denn das erscheint heute, dank den hingebenden Bemühungen einer Anzahl verdienstvoller Männer, festgestellt, dafs die Entwicklung des Rechtes wohl in vielen Einzelheiten, nicht aber in den grofsen Zügen von den Stammesverschiedenheiten der einzelnen Völker beeinflufst wird: bei zweifellos stammfremden Völkern zeitigt die gleiche Kulturstufe auch Rechtsinstitute von verblüffender Gleichheit. Die Ausnutzung des ungeheuren Materials für die Entwicklungsgeschichte des Rechtes ist Sache der Juristen; wie weit sich daraus auch Schlüsse auf die Urgeschichte der Völker ziehen lassen, das zu beurteilen sind wir nicht kompetent. Abgesehen von der eben gekennzeichneten prinzipiellen Verschiedenheit mufs ich leider den Werken Leists — unter Wiederholung der ihnen eingangs gezollten Anerkennung — doch individuelle Mängel der schwersten Art vorwerfen. So ist in Anwendung des von Schrader, l. c. 351 ff. Ausgeführten zu rügen, dafs Leist, der uns das alt-*arische* Recht darstellen will, nur das Recht der Inder, Griechen und Römer (sehr flüchtig hie und da auch das der Germanen) zur Vergleichung heranzieht, während die übrige arische Welt für ihn einfach nicht existiert. Gerade jene drei arischen Völker aber sind diejenigen, die in einem Stadium *höchst vorgeschrittener Kultur* an das Licht der Geschichte treten, und nichts berechtigt uns anzunehmen, dafs der kostbare Gedankenschatz ihrer Schrifttümer urarisches Kulturkapital gewesen sei.

Ein zweiter Mangel ist die Unkenntnis der nichtarischen Rechte; wenn man einen Gedanken oder ein Institut als spezifisch arisch hinstellen will, so mufs man sich doch vorerst genau überzeugt haben, dafs dieselben nicht universell sind; sonst könnte morgen mit gleichem Rechte ein anderer denselben Gedanken, dasselbe Institut als spezifisch malayisch ausgeben.

Einen sprechenden Beleg für die völlige Willkürlichkeit der Leistschen Methode bietet die Behandlung, die er dem strafrechtlichen Verschulden zu teil werden läfst. Er stellt den Satz auf, es sei ein eigentümlicher arischer Grundgedanke, dafs in allen Unthaten das eigentlich Arge der böse Wille sei; nur die *absichtliche* Unthat fordere die Rache des dadurch Verletzten heraus (gräco-ital. R.-G., 348, vgl. eod. 324, 399; alt-ar. jus gentium 286 ff; alt-arisches jus civile 377 f.). Um das zu beweisen, braucht er nur die völlig beglaubigte Nachricht, dafs in der heroischen Zeit Griechenlands die Blutrache auch gegen denjenigen ging, der *ἄκων, οὐκ ἐθέλων* getötet hatte, wegzuinterpretieren (s. u. § 4, Anhang I), anderes unbequeme Material aber einfach unberücksichtigt zn lassen, und behält nunmehr nur noch eine Reihe von Sätzen *aus einer weiter vorgeschrittenen Kultur,* die sich mit diesem angeblich arischen Prinzipe notdürftig vereinigen lassen. Freilich berührt es sonderbar, unter diesen Belegstellen auch solche zu finden, wie Apastamba, I, 10, 28, 2—4: „*Auch wenn er unabsichtlich tötet, so reift doch das Resultat seiner Sünde,* aber seine

Schuld ist grösser, wenn er absichtlich tötet. Derselbe Grundsatz gilt für die übrigen sündhaften Thaten" (alt-ar. jus gentium 286), oder Bandhayana Dharmaçastra, II, 1, 1, 6: „Wer *unabsichtlich* einen Brahmanen erschlägt, wird nach dem heiligen Gesetz mit Sünde beladen; die Weisen erklären, dafs er gereinigt werden mag, wenn er es unabsichtlich that; aber keine Expiation giebt es für einen absichtlichen Mörder" (eod. 290). Das sind Anschauungen, die als ein Recht alten Barbarentums in die hochentwickelte indische Kultur hineinragen, wie wir ähnliches auch bei den Hebräern, den Griechen und Römern finden werden; eines Barbarentumes, das wir bei den nordischen Völkern indogermanischen Stammes noch in voller Blüte beobachten können (die Belege habe ich oben zusammengestellt). Hätte Leist den letzteren mehr Aufmerksamkeit zugewendet, so hätte er eher das Prinzip der Erfolghaftung als ur-arisches aufgestellt und die Fortschritte in der indischen, griechischen und römischen Kultur den betreffenden Volksstämmen als Verdienst gutgeschrieben. Eine vollständige Widerlegung der Ansicht Leists ergiebt sich aus den ersten sechs Abschnitten der vorliegenden Arbeit. — Ebenso ist Leists Auffassung des altjüdischen Rechtes, das im Gegensatze zu dem arischen von der Erfolghaftung ausgehen soll (vgl. z. B. gräco-ital. R.-G. 422), ein grober Irrtum; s. u. § 3; vgl. Dareste, Études, 23. — Soweit mir bekannt, ist die hier bekämpfte Auffassung bisher ohne Gefolgschaft geblieben. Vgl. noch Schrader in d. Deutsch. Litteraturzeitung, 1893, p. 591 ff.; Oertmann im Jurist. Litteraturblatt, 1893, p. 90; Günther in Zeitschr. f. d. ges. Strafr. XIV. p. 121.

## Anhang VI. Der Friedensbruch als Ungehorsamsdelikt.

Das altgermanische Friedensrecht ist das Urbild der Bindingschen Normentheorie, nach der das Verbrechen in erster Linie Verletzung des staatlichen Gehorsamsanspruches ist. Merkel hat gegen diese Lehre mit Recht eingewendet, dafs sie konsequent durchgeführt, die grofsen Unterschiede in der Bestrafung von Verbrechen, wie sie das heutige Recht aufweist, perhorreszieren müfste; denn der Gehorsam wird durch jedes Verbrechen gleich verletzt (vgl. Lehrb. 16). Binding erwidert (Grundrifs 155): „Aber allerdings, das Interesse des Staates an der Befolgung der Gesetze ist nicht gleich grofs: die Autorität der Norm gegen Tötung beispielsweise mufs soweit aufrecht erhalten werden, als es nur irgend angeht, weil jede Tötung die Rechtswelt auf das schwerste schädigt, während sich das Recht begnügen kann, den Kaufmann, der unerlaubterweise keine Handelsbücher führt, straflos sich selbst und seiner Unordnung zu überlassen." Damit hat Binding, wie ich glaube, seine ganze Normentheorie preisgegeben; denn wo es sich nur um „Wahrung der verletzten Autorität der Gesetze" handelt, kann der Staat von Strafe ganz absehen, während eine „Schädigung der Rechtswelt" sogar die Todesstrafe notwendig macht. Kann man da noch zweifeln, dafs das letztere Moment für den strafenden Staat das mafsgebende ist? — Im germanischen Friedensrechte hingegen finden wir jene Steifheit der Rechtsfolgen, wie sie der Normentheorie entspricht; in ältester Zeit ist es die Friedlosigkeit, die auf jeden Friedensbruch hin gleichmäfsig verhängt wird (die Graugans war unbeholfen genug, von dieser starken Medizin auch bei geringen Vergehungen Gebrauch zu machen; vgl. Wilda, Strafr. d. Germanen, 282 f., 267). Ebenso ist der fredus oft (nicht immer) von der Gröfse der Verletzung der „Rechtswelt" ganz unabhängig;

am klarsten ist jedoch diese Erscheinung bei dem *bannus* der späteren Zeit, der eine stets gleich bleibende Gröſse ist und als „Buſse für die Übertretung eines Befehles" erscheint; entsprechend seinem Zwecke, die *Autorität* des Befehlenden zum Ausdruck zu bringen, stuft er sich eben nach dieser Autorität ab; der *Königsbann* ist weit höher als der Bann, bei welchem der *Graf* gebietet, dieser wieder höher als der Bann des *Centenars* (vgl. Brunner, Rechtsg. II. 34 ff., 166 f., 175; für die spätere Zeit sehr instruktiv Sachsenspiegel, III. 64). Der Einwand Merkels erscheint durch diese Thatsachen — man möchte fast sagen: experimentell — bestätigt. Als litterarisches Kuriosum ist bemerkenswert, daſs v. Woringen in seinen „Beiträgen" 36 Jahre vor dem Erscheinen der „Normen" den Satz aufstellt „*Friedensbruch ist Normbruch*" und ihn durch den Hinweis auf die erwähnten Erscheinungen begründet, wobei sich Gedankengang und Terminologie so nahe an das Werk Bindings anschlieſsen, daſs man fortwährend Anspielungen darauf zu lesen glaubt; vgl. insbesondere p. 106, 117 f., 161 f.

---

## § 2.

## Das germanische Recht bis zur Zeit der Volksrechte.

**Litteratur.**

v. Amira, Das altnorwegische Vollstreckungsverfahren. 1874. — Nordgermanisches Obligationenrecht. Bd. I. Altschwedisches Obl. R. 1882. — „Recht" in Paul's Grundr. der germanischen Philologie. II. Bd. 2 Abteilung. bes. „Verbrechen und Strafen" p. 171 ff. 1892. Bewer, Die Totschlagssühne in der Lex Frisionum. Zeitschr. d. Savigny-Stiftg. XIII (1892) german. Abt. p. 95 ff. Böhlau, Novae constitutiones domini Alberti. Beilage VI. Über die Entwicklung der Strafrechtsidee bis zum Landfrieden v. J. 1235, 1858. Brunner, Abspaltungen der Friedlosigkeit. Zeitschr. d. Savigny-Stiftg. Bd. XI. (germ. Abt.) p. 62 ff. — Über absichtslose Missethat im altdeutschen Strafrechte. Sitzungsber. d. kgl. pr. Akademie d. W. zu Berlin, 1890 p. 815 ff. (Beide Abhandlungen sind mit Zusätzen abgedruckt in Brunners „Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechtes". 1894). Dahn, Westgotische Studien. 1874. — Fehde-Gang und Rechtsgang der Germanen. (S. A. Berlin 1877, nach dem hier citiert wird; wieder abgedr. in desselben „Bausteine" II, 1880, p. 76 ff.). Frank (Max), Die kasuelle Tötung in den Volksrechten. Diss. Berlin 1890. Gaupp, Das alte Gesetz der Thüringer. 1834. del Giudice, Pasquale, La vendetta nel diritto longobardo. (S. A. aus d. Archivio storico lombardo III.) Milano 1876. Glasson, Histoire du droit et des institutions de la France. Bd. I ff. Paris 1887 ff. Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer. Bd. II (1828). 5. Buch. Verbrechen. Hammer, Die Lehre vom Schadenersatze nach dem Sachsenspiegel. (Gierke, Untersuchungen XIX.) 1885. Heck, Die altfriesische Gerichtsverfassung. 1894. Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts. I, 1885. II, 1886. Huberti, Studien zur Rechtsgeschichte der Gottesfrieden und Landfrieden. I. 1892.

Kolderup-Rosenvinge, Grundrifs der dänischen Rechtsgeschichte; übers. v. Homeyer. 1825. Nani, Studii di diritto longobardo. I, 1877; II, 1878. Osenbrüggen, Das Strafrecht der Langobarden. Schaffhausen 1863. Pertile, Storia del diritto italiano dalla caduta dell' impero romano alla codificazione. Bd. I, 1885; II, 1880. Bd. V, 2. Aufl. 1892. v. Richthofen, Zur Lex Saxonum. Berlin 1868. Rogge, Über das Gerichtswesen der Germanen. Halle 1820. Schlegel, J. F. G., Comparatio juris criminalis quod in Grágás continetur etc. in dessen Codex juris Islandorum qui nominatur Grágás. Havniae 1829. Schmid, Reinhold, Die Gesetze der Angelsachsen. 2. Aufl. 1858. Schmidt, Arthur Benno, Die Grundsätze über den Schadenersatz in den Volksrechten. (Gierke's Untersuchungen, Bd. XVIII.) Breslau 1885. Siegel, Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens. I. Bd. Giefsen 1857. Sohm, Die altdeutsche Reichs- und Gerichtsverfassung. I. (Die fränkische R.- u. G.-V.) 1871. Stobbe, Hdb. d. deutschen Privatrechts. 2. Aufl. 1885. Thonissen, L'organisation judiciaire, le droit pénal et la procédure pénale de la loi Salique. In den Mémoires der belgischen Akademie 1882. Waitz, Deutsche Verfassungsgeschichte. Bd. I. 3. Aufl. 1880.

Unter den für die Entwicklung unseres heutigen Rechtes bedeutsamen Völkern sind an erster Stelle, als Type einer ersten Entwicklungsphase [1]), die alten Germanen zu nennen; bei ihnen ist die ursprüngliche Reaktion gegen das Unrecht, die Rache, noch in voller Übung; diese Rache nimmt ihr Mafs an dem Schmerze des Verletzten und ist nicht kühl genug, zu erwägen, ob und wie weit den Verletzer eine Schuld treffe.

Im Beowulf V. 2436 ff. wird erzählt, wie der Königssohn Haedecyn seinen Bruder durch einen *abirrenden* Pfeil tötet. „Das war *unsühnbare* Waffenthat, tückisch gefrevelt". Dennoch will der greise Vater den toten Sohn nicht am lebenden rächen; eine Gemütsregung, die Beowulf mit Rücksicht auf das hohe Alter des Königs entschuldigt. [2]) Diese blinde Rache ist nach volkstümlicher Überzeugung nicht etwa eine menschliche Schwäche: sie eignet auch dem Geschlechte der Götter. Baldur wird im harmlosen Spiele von Hödur erschlagen; sein nachgeborener Bruder wird sein Rächer. [3])

Bezeichnend für die Germanen ist es, dafs sie bei der Racheübung jede Heimlichkeit und Hinterlist verschmähen. Stolz und trotzig suchen sie in ihr eine Bewährung der eigenen Mannhaftigkeit; ihre Rache ist eine ehrliche Fehde. [4])

Aber diese Fehde richtet sich nicht nur gegen den Thäter, sondern ebenso gegen seine schuldlosen Gesippen. Ihr naturgemäfser Rück-

---

1) S. oben S. 13.

2) Nach Heynes Ausgabe mit Glossar. 4. Aufl. 1879 u. dessen Übersetzung 1863.

3) Weitere Beispiele aus den alten Sagen bei Brunner, absichtslose Missethat, 816. Ders. Rechtsgesch. II, 544. Vgl. Frank, kasuelle Tötung, 14 ff. — Die im Text angeführten Beispiele sind zugleich weitere Belege dafür, dafs es auch Blutrache innerhalb des Geschlechtes gab, und dafs auch diese sich nur an das äufsere Geschehen hielt.

4) Wilda 158 f.

schlag führt zum völlig organisierten Geschlechterkrieg, „dessen Ausgang die Gesamtheit der unbeteiligten Volksgenossen mit verschränkten Armen abwartet". In dem Getümmel der Leidenschaft geht den Beteiligten jedes Verständnis für die feinere Frage der Verschuldung verloren. Bei den Norwegern sucht der mafslose Rachedurst seine Kühlung in dem Blute des besten Mannes der gegnerischen Sippe, mag dieser auch der Ursache des Streites ganz ferne stehen.[5])

„Nec implacabiles durant: luitur enim etiam homicidium certo armentorum ac pecorum numero recipitque satisfactionem universa domus" (Tacitus, Germ. 21). Eine solche Bufse wird nur angenommen, wenn der Verletzte darüber beruhigt ist, dafs der Pakt seine Mannesehre ungeschmälert läfst[6]); dem demütig Bittenden wird der Friede nicht leicht verweigert. Da in der unbeabsichtigten Verletzung eine Ehrenkränkung nicht gelegen ist, so hat wohl schon frühzeitig die Sitte gerade in solchen Fällen die Annahme der Bufse begünstigt.[7]) Das Bufsenwesen wird später gesetzlich geregelt; eine feste Taxe wird aufgestellt. Der Verletzte hat die Wahl, ob er Fehde üben oder sich mit der gesetzlichen Bufse begnügen will.[8])

Diese Bufse, das Wergeld, hat einen gemischten Charakter. Sie ist sicherlich auch gedacht als *Schadenersatz* für die Schwächung, die der einzelne durch Verlust eines Gliedes, oder die Sippe durch Verlust eines Mitgliedes erlitten; aber daneben bietet sie dem Verletzten auch eine über den materiellen Schaden hinausgehende Satisfaktion und für den Thäter ist sie mehr als geschäftsmäfsige Abzahlung. Nach diesen beiden Rücksichten können wir von einer *pönalen Funktion* des Wer-

---

5) Wilda 174. Brunner Rechtsg. I, 158 ff. — In der Lex Saxon. 19 heifst es *einschränkend* von dem Mörder: „et ille ac filii eius soli sint faidosi. vgl. v. Richthofen, zur Lex Saxon. 248 ff. Lex Burgund. II, 6. Schmid, Ges. d. Angelsachsen 574. Noch das Statut von Parma v. J. 1255 mufste Strafen verhängen gegen denjenigen „qui fecerit vindictam in alium quam qui fecerit maleficium". Monumenta histor. ad prov. Parmensem, I, 1, p. 281 f.

6) Darum verlangt man im Norden vom Gegner einen Eid, dafs er selbst im gleichen Falle die gleiche Bufse nehmen würde (Gleichheitseid). „Aequalitatis autem tanto diligentius semper exigitur sacramentum, quod per ipsum laesis laedentibus adaequatis auferri videatur contemptus, qui perpessis iniuriam ex oppressione solet inferentium suscitari. Pluris enim semper prudentes faciunt integritatem famae et honoris debiti restitutionem, quam pecuniariam satisfactionem. (Sunesen V, 4). Wilda 316 f.; v. Amira, Vollstreckungsverf. 64 f. Brunner Rechtsg. I, 161 f. Horten, a. a. O. I, 69.

7) Vgl. das im ersten Paragraphen hierüber Ausgeführte. Wilda 164 ff. v. Bar Hdb. I, 63 f. — In der Folge wird aus diesem Brauche ein Rechtssatz; s. u.

8) Rogge, Gerichtswesen, p. 23 Anm. 33 behauptet, die Wahl sei beim Thäter gestanden. Dag. Wilda 190 f., Siegel, Gerichtsverf. 9 ff., Waitz I, 432 f., Brunner I, 163 und viele andere. Vgl. Dahn, Fehdegang 38 ff., v. Amira, Vollstreckungsverf. 48 ff.

geldes sprechen.[9]) Und zwar handelt es sich dabei, da die Strafe an den einzelnen geleistet und von ihm durch Klage eingetrieben wird, um eine *Privatstrafe.* Das aus den Elementen Ersatz und Strafe zusammengesetzte Kompositionensystem erreicht seine höchste Ausbildung in den Volksrechten, wo es zugleich eine dominierende Stellung einnimmt.

Erinnern wir uns an dieser Stelle, dafs auch das Schadenersatzrecht der Germanen von dem Satze ausging, dafs wer den Schaden gethan, für den Schaden zu haften habe *ohne Rücksicht auf sein Verschulden*[10]), dafs also die beiden Elemente, die das Wesen der Komposition bestimmen, in dieser Hinsicht völlig harmonieren, so wird es uns nicht Wunder nehmen, wenn wir die Beobachtung machen, *dafs das altgermanische Kompositionenrecht sich nur um den Erfolg, nicht um das innere Verhalten des Thäters kümmert.*[11])

Neben die Rache und das aus ihr entwickelte Kompositionensystem tritt frühzeitig die von der Gesamtheit des Volkes ausgehende *Friedensordnung.*[12])

---

9) Vgl. v. Woringen 65 f. 89 f. Wilda 314 ff. 441; Hälschner, preufs. Strafr. I, 28. Merkel, Lehrb. 201, Zusammenhang 5 f. Brunner, abs. M. 829, Rechtsg. II, 613 f. Thonissen, l'organisation, 134 f. Unter Hinweis darauf, dafs die Komposition den Schaden, wo dieser sich in Geld abschätzen läfst, weit überstieg, führt dieser aus: „L'idée de la réparation a certainement préoccupé ceux qui ont fixé le taux de la composition; mais celle-ci est, avant tout, une satisfaction accordée au plaignant, un sacrifice et une humiliation imposés au violateur du droit d'autrui. Considéré dans son origine elle est le rachat du droit de vengeance". Anschliefsend Glasson, histoire III, 539 ff. Richtig Schmidt, Schadenersatz 10 ff., unrichtig ders. p. 13. „Diese Zahlung (d. i. die des Wergeldes) kann aber, wenn wir den Volksrechten nicht den Vorwurf machen wollen, dafs sie den schuldlosen Thäter mit einer Strafe belegten, nur als Ersatz, nicht als Strafe aufgefafst werden". Das Argument hält nicht Stich; wie wir sehen werden, müssen wir eben den Volksrechten diesen „Vorwurf" machen, wenigstens für das Gebiet des Privatstrafrechts. Der gleiche „Vorwurf" trifft auch das ältere römische Recht! — Einseitig auch Hammer, Schadeners. 97 ff.

10) S. Wilda 551 ff.; Osenbrüggen, Langob. 33 ff.; Stobbe, Privatr. III, 377 ff.; Schmidt, Schadenersatz; Hammer, Schadenersatz; Heusler, Institutionen II, 262.

11) Dies zeigt sich zumeist in der Form, dafs die Bufstaxen, die in den Volksrechten eine so hervorragende Bedeutung haben, lediglich nach dem Erfolge abgestuft sind. Doch finden wir auch zahlreiche ausdrückliche Bestätigungen dieses Satzes (s. u.). Vgl. v. Amira, Nordgerm. Obl.-R. I, 374; Gaupp, Ges. d. Thüringer 393. Thonissen, organis. judic. 185 ff. 378; Glasson, histoire III, 577 ff. Schmidt, Schadenersatz 13 f.; Schröder, Lehrb. 80 f. 338 ff.; Frank, kasuelle Tötung, 14 ff. 60 ff.; unten, Anhang I. — Bei diesem Anlasse mag erwähnt werden, dafs die Sätze des germanischen Kompositionenrechtes über die Haftung von *Kindern* und *Unsinnigen*, über *Notwehr*, *Versuch* und *Teilnahme* — auch hierin dem allgemeinen Entwicklungsgange primitiver Rechte folgend — ebenfalls ein Kleben an der Äufserlichkeit des Geschehens bekunden.

12) S. im allgem. Wilda 224 ff.; v. Amira, Vollstreckungsverf. 1 ff. (dazu

Die Rechtsgenossenschaft gebietet den Frieden im Lande und setzt ihre ganze Autorität dafür ein, dafs dieses Gebot geachtet werde; wer sich darüber hinwegsetzt, wer den Frieden bricht, ist unwürdig des weiteren Schutzes der Rechtsordnung: er wird exlex, *friedlos*. Seine Person wie seine Habe ist jedem Angriffe preisgegeben; als „Wolf“ mufs er in den Wald flüchten, und eine erbitterte Feindschaft entbrennt zwischen der Gesellschaft und dem „Waldgänger“.[13])

In *leichteren Fällen* tritt die Friedlosigkeit in einer milderen Form auf. Der beleidigte Staat ist nicht unversöhnlich; er gestattet dem Friedlosen sich gegen ein Friedensgeld (fredus) „aus dem Wald“ und „in den Frieden“ zu kaufen.[14]) Allmählich wird die Entrichtung des fredus zur primären Friedbruchsfolge, während die Friedlosigkeit (Acht) als Mittel der Exekution in die zweite Linie rückt.[15]) Dies ist der Stand der deutschen Volksrechte, in denen die strengere Friedlosigkeit nicht mehr vorkommt.[16]) Mit dem Erstarken der Königsmacht ändert sich die Autorität, die hinter dem Friedensgebot steht. Jetzt ist es der König, der Frieden gebietet und für die Verletzung seines „Bannes“ Geldstrafe einfordert. Aus dem Volksfrieden wird Königsfriede[17]), der fredus wird durch den bannus regius verdrängt.[18])

---

K. Maurer, krit. Vierteljahrschr. XVI, 82 ff., bes. 106 ff.); Brunner, Rechtsg. I, 156 ff. u. „Abspaltungen.“ — Vgl. auch noch Huberti, Gottesfrieden I, 5, 11 ff.

13) Wilda 282 f., 288 f.; v. Amira, Vollstreckungsverf. 9 ff.; Brunner, Abspaltungen 62 ff.; Horten, Personalexecution I, 19, 42, 134. — Diese „strenge“ (nicht ablösbare) Friedlosigkeit scheint die älteste, unbeholfenste Stufe des Friedensrechtes zu repräsentieren (vgl. Brunner I, 170, A. 22). — Die isländische Graugans setzt sie noch auf ganz geringfügige Vergehen. Wilda 282 f., 267.

14) So Wilda 438 ff.; Waitz I, 440; v. Amira, Vollstr.-V. 62 f. und „Recht“ 179; vgl. die Formel „violatae pacis satisfactionem facere“ bei Warnkönig und Stein III, 281 f. — Siegel, Gerichtsverf. 27, fafst den fredus als Preis für das vermittelnde Eingreifen des öffentlichen Machthabers auf, s. aber auch ders., Rechtsg. 454 f.; vgl. v. Bar, Hdb. I, 55; Schröder, Rechtsg. 79; Brunner, Rechtsg. I, 165, II, 621; Schmidt, Schadeners. Anm. 23.

15) S. v. Amira, Recht 180, 181.

16) Es wird allgemein angenommen, dafs die Friedlosigkeit, wie wir sie bei den Nordgermanen noch beobachten können, auch bei den südlichen Stämmen in vorhistorischer Zeit vorhanden gewesen sei (vereinzelter Widerspruch bei v. Bar, Hdb. I, 56 ff.). Dafür spricht aufser dem allgemeinen Verhältnisse der Quellenkreise (s. Wilda 4 f. u. passim) noch der Umstand, dafs die bei den Südgermanen in historischer Zeit gegebenen Zustände durch diese Annahme eine befriedigende Erklärung finden. Reste der ursprünglichen Friedlosigkeit enthalten lex Sal. em. (Behrend) 55, 2 und lex Ribuar. (Sohm) 85, 2. — Besondere Ausbildung erhielt das Friedenssystem in der mittelalterlichen Schweiz. S. bes. Pfenninger l. c.

17) Wilda 253; Schmid, Ges. d. Angelsachsen 584; Brunner, Rechtsg. I, 123 f., II, 11, 42 ff.

18) Sohm, Reichs- u. Ger.-V. 102 ff.; Brunner, Rechtsg. II, 39 f.; v. Amira, „Recht“ 180.

Dieses Friedenssystem zeigt schon in seiner Grundlage den schroffsten Gegensatz zum Rache- und Kompositionensystem. Dort steht im Vordergrunde das verletzte Interesse des einzelnen, hier das verletzte Interesse der Gesamtheit. Dort verhängt der Verletzte über den Thäter ein Übel oder nimmt von ihm Buſse; hier übt die Gesamtheit, beziehungsweise der König als ihr Repräsentant, das gleiche Recht. Mit einem Worte: *Die Friedlosigkeit bildet mit ihren „Abspaltungen“ ein System öffentlicher Strafen, im Gegensatze zu dem Privatstrafensystem des Rache- und Kompositionenrechtes.*[19]) Die beiden Systeme wirken nebeneinander und geraten wohl hie und da auch in Widerspruch.[20])

Dieses öffentliche Strafrecht der Germanen legt nun — wie es scheint, vom Anbeginne ab — auf das Verschulden des Thäters das gröſste Gewicht. Jene Kühle des Urteils, die der einzelne Verletzte nicht aufbringen kann, die verletzte Gemeinschaft bringt sie dem Thäter entgegen. *Nur absichtliche Missethat ist Friedensbruch und begründet Friedlosigkeit, ohne verbrecherisches Wollen kein fredus, kein bannus regius*[21]) Bei der Unterscheidung von absichtlicher und absichtsloser

---

19) Aus dieser sorgfältig festzuhaltenden Scheidung ergiebt sich in der natürlichsten Weise die Lösung der vielumstrittenen Frage nach der Behandlung des Verschuldens im germanischen Rechte. (S. auch Anhang I.) Eine Andeutung dieser Auffassung findet sich bei Kolderup-Rosenvinge, l. c. Ich verweise nachdrücklichst auf das klassische Beispiel einer Koexistenz von öffentlichem Strafrecht und Racherecht bei den Kabylen. Ähnliche Erscheinungen auch im altjüdischen Recht. — S. Sohm, Reichs- u. Ger.-V. 107. Brunner, Rechtsg. II, 586 f. u. Forschungen 457 A. 1.

20) So wird z. B. im nordischen Rechte die Tötung der unschuldigen Verwandten des Thäters — nach Racherecht bekanntlich ganz in der Ordnung — bei Strafe der Friedlosigkeit verboten; v. Amira, Vollstr.-V. 37. — Im gleichen Rechtskreise erscheint die Rache, soweit sie zulässig ist, formell geradezu als partielle Friedlosigkeit gegen den Verletzten. Wilda 307 f.; v. Amira; Vollstr.-V. passim; und „Recht“ 175; Brunner, Rechtsg. I, 156 ff. Das ist insbesondere wichtig für das Verständnis jener Verquickung von fredus und faida in den Volksrechten, der wir alsbald begegnen werden. (Vgl. u. zu Note 28, 30). Doch erscheint mir die Behauptung v. Amira's („Recht“ 175), das Racherecht sei kein subjektives Recht, sondern nur ein Reflex der Schutzlosigkeit des Ächters gewesen, übertrieben zu sein. Zunächst, weil ich die Rache für weit älter als die Friedlosigkeit halte (vgl. Brunner I, 158); sodann deshalb, weil jene öffentliche Gewalt, von der die Friedlosigkeit ausgeht (Gemeinde, König), wenn sie dem Thäter Frieden gewährt, gar nicht fähig ist, hierdurch den angeblichen Reflex seiner Friedlosigkeit, die Blutrache, ebenfalls abzuthun; Wilda 274 f.; v. Amira, Vollstr.-V. 43, 51, 53 f., 66.

21) Sehr klar empfindet den Gegensatz des privaten und öffentlichen Strafrechts in dieser Frage Sunesen V, 25. Vgl. Kolderup-Rosenvinge 118 ff.; 135; v. Woringen 117; Wilda 264, 278; v. Amira, Vollstr.-V. 4, 8, 18 ff.; „Recht“ 171 f.; Tierstrafen 40 f.; Brunner, Rechtsg. II, 547; Bewer l. c. 95, 100; Schröder, Lehrb. 80 f. Ich habe oben (§ 1) den Versuch gemacht, diesen Fortschritt auf die Natur der Friedensnorm zurückzuführen. — Der Satz ist nicht ganz ausnahmslos: Der Herr haftet für Knechte, Haustiere und totes Eigentum, und zwar nach manchen

Missethat[22]) fällt die kulpose Handlung in die zweite Gruppe.[23]) Im allgemeinen „geht das Recht, indem es der leidenschaftlichen Erregung des Verletzten und Gekränkten ein Zugeständnis macht, von dem Prinzip aus, Absichtlichkeit anzunehmen. Diese Präsumtion mufs erst durch bestimmte Thatsachen widerlegt werden, soll die That als unabsichtliche gelten." Als Ungefährwerke erscheinen bestimmte *Typen* von Thatbeständen, in denen die Absichtslosigkeit zu sinnfälligem, allgemein begreiflichem Ausdruck gelangt ist; individualisierende Untersuchung des einzelnen Falles findet nicht statt.[24])

Besonders Gewicht legte das Friedensrecht auf die *Motive* der That und die *Art der Ausführung* Den „Neiding", der bei einer Missethat niedrige und treulose Gesinnung oder Feigheit zeigte, der bei kaltem Blute und nicht mit offener Gewalt, sondern „dieblich" frevelte, traf nebst der Verachtung die intensivste Feindschaft der Gesamtheit. Wer dagegen im Zorne, etwa durch Beschimpfung, Schläge oder Wunden gereizt, sich an seinem Gegner vergriffen hatte, fand bei den Volksgenossen mitfühlendes Verständnis und milde Beurteilung. In dieser Art, die Innerlichkeit zu berücksichtigen, weisen insbesondere die Nordgermanen eine rühmliche Feinfühligkeit auf.[25])

Hier wäre noch zu erwähnen, dafs das altgermanische Recht auch Ansätze eines öffentlichen Strafrechts mit sakralem Charakter aufweist. Bei den wenigen Thatbeständen, die dabei in Betracht kommen, —

---

älteren Rechten auch für das durch sie verwirkte Friedensgeld; Wilda 655, G. Meyer, Z. d. Savigny-Stiftg. II. germ. Abt. 90; Brunner absichtsl. M. 831, 834; u. Rechtsg. II, 551. — Auffallend ist es auch, dafs nach einzelnen nordischen Rechten (nicht nach allen: s. Kolderup-Rosenvinge 120, Anm. e) der Unvogtbare und der Irrsinnige, deren Handlungen gewöhnlich analog dem casus behandelt werden, der Friedlosigkeit verfallen können; v. Amira, V.-V. 6 f.; 50.

22) Die deutsche Sprache kennt — aber nicht als *technische* Ausdrücke des *alten* Rechtes — ahd. fâra, fârida; mhd. vâr, gevaerde; nhd. Gefährde, Arglist. Im Gegensatze dazu stehen Handlungen ân gevaerde, von ungefähr. — Angelsächsisch: gewealdes (= scienter) und ungewealdes (= inscienter) (vgl. leges Henrici primi c. 90 § 11); ferner: willes und unwilles. — Schwedisch: viliaverk und vaþaverk. — Longobardische Quellen: asto animo, asto, astu und nolendo, nolens. Vgl. Grimm, Rechtsaltertümer II, 623 f.; Wilda 545 f.; Osenbrüggen, Longobarden 32; v. Amira, Nordgerm. Obl.-R. I. 373 f. und „Recht" 171 f.; Brunner, absichtslose Missethat 823.

23) Vgl. Frank, l. c. 24 f.

24) S. v. Amira, Nordgerm. Obl.-R. I, 382, „Recht" 172 f.; Brunner, absichtsl. M. 823 f. — Für die spätere Zeit: John, Strafr. in Nordd. I, 85 ff. — Vgl. Dahn, Westgot. Stud. 273; v. Bar, Hdb. I, 63.

25) S. Wilda 271 f., 560 ff., 705 ff.; Brunner, Rechtsg. I, 175, II, 536 f., 540, 627 ff., 685 ff.; v. Amira, Vollstr.-V. 7 f., 12 f., 19 ff. und „Recht" 173. — Besonders verhafst war den Germanen jede Heimlichkeit; sie ist bekanntlich das Merkzeichen des Mordes; Brunner II, 627 ff.; der nicht qualifizierte Raub wird in den meisten Rechten milder bestraft, als der Diebstahl. Wilda 862, 914; Brunner II, 648.

Tacitus, Germ. c. 12 nennt proditores et transfugas, ignavos et imbelles et corpore infames — entfällt die Schuldfrage meist von vornherein.[26])

Zur Zeit der Volksrechte ist also der Stand unserer Frage der folgende: soweit eine Handlung als Ungefährswerk anerkannt wird, hat der Thäter das Wergeld zu bezahlen. Dagegen wird ihm das Friedensgeld (Gewette) erlassen.[27]) Vorgeschrittene Gesetzgeber verlangen, dafs er nicht befehdet werden soll.[28]) Nach Analogie des Ungefährwerkes regelt sich oft auch die Haftung des Herrn für *Knechte, Vieh*, ja sogar für *leblose Sachen;* ganz naturgemäfs, da auch hier eine Haftung ohne Verschulden vorliegt.[29])

Das nähere ergiebt sich aus den folgenden Quellenstellen.

Lex Saxonum:

54. Si arbor ab alio praecisa casu quemlibet oppresserit, conponatur multa pleno weregildo a quo arbor praecisa est.

57. Si animal quodlibet damnum cuilibet intulerit, ab eo, cuius esse constiterit, conponatur excepta faida.

58. Si fossa vel laqueus ad feras capiendas praeparata, damnum quodlibet fecerint, conponatur excepta faida.

59. Si ferrum manu elapsum hominem percusserit, ab eo cuius manum fugerat, conponatur excepta faida. (Dazu v. Richthofen, zur lex Saxonum, 241 ff.)

Edictus Rothari 387. Si quis hominem liberum, casu(m) faciente(m), nolendo occiderit, conponat eum sicut adpretiatus fuerit, et faida non requiratur, eo quod nolendo fecit.[30])

---

26) Die Nachrichten über diesen Teil des Rechtes sind sehr spärlich. Vgl. Wilda 484 ff.; Brunner, Rechtsg. I, 175 ff.; v. Amira, „Recht" 177.

27) Wilda 547 ff.; Geib II, 251 f.; Osenbrüggen, Langob. 8, 32 ff.; Brunner, absichtsl. M. 828, und Rechtsg. II, 547 f., 630; v. Amira, „Recht" 172; Frank l. c. §§ 11, 12. — Vgl. Stephen I, 55.

28) Vgl. oben N. 20. — Es ist nicht zu übersehen, dafs jene Volksrechte, die nach Berührung mit den Römern abgefafst wurden, eine verfeinerte Jurisprudenz enthalten und Fortschritte anbahnen, die von der Rechtsüberzeugung des Volkes nicht immer ratihabiert wurden. Geib I, 154 f.; Osenbrüggen, Langob., Vorwort; Zöpfl III, 414 f.; und insbes. Brunner, absichtsl. M. 817. — Vgl. noch Frank 14 ff., 60 ff. und Anhang II.

29) S. Brunner, abs. M. 830 ff., Rechtsg. II, 549 ff.; Frank 36 ff.; Stephen history III, 77 f. (über deodands.). Hier läuft jedoch bereits der Gedanke der versäumten Aufsichtspflicht mit; in höherem Grade ist dies noch bei der weit verbreiteten Haftung der Bauernschaften, Centenen u. s. w. für Delikte, die auf ihrem Gebiete begangen worden, der Fall. Vgl. Brunner, Rechtsg. II, 147, 227.

30) Über die gesteigerte Strenge gegen den absichtlichen Totschläger und die ganze weitere Entwicklung, s. Pertile V, 572 ff. — Nach langobadischem Recht erhielt der König die Hälfte des Wergeldes (Wilda 464 f.); ein *ausdrücklicher* Verzicht auf diese Hälfte ist hier nicht ausgesprochen. Das faida non requiratur heifst m. E. „er soll nicht befehdet werden", ist also gleichbedeutend mit dem entsprechenden Passus der übrigen citierten Stellen, z. B. eod. 326: cessante in hoc capitulo faida,

Vgl. eod. 75; 138; 326; Liber Papiensis Liutpr. 135. 136. — Gleiches bestimmt die lex Thuringorum 51. (Dazu v. Richthofen in Note 18 der Monum. legg. V. 137.)

Lex Ribuaria

XLVI. 1. Si quis quadropes hominem occiderit, ipse quadropes, qui eum interficerit, in medietate weregilde suscipiatur, et aliam medietatem dominos quadropes solvere studiat absque freto: quia quod quadropedes faciunt, freto non exigitur.

LXX. 1. Si quis homo a ligno seu a quolibet manufactile fuerit interfectus, non solvatur; nisi fortem quis auctorem interfectionis in usus proprios adsumpserit, tunc absque frido culpabilis judicetur. (Zum Teile wörtlich übereinstimmend Leges Henrici Primi 90 § 6; Vgl. Aelfred 13. 36.)

Interessant ist die Entwickelung im friesischen Volksrechte. In der lex Frisionum selbst ist mehrfach von freda, fredus die Rede überall nur in Fällen, wo absichtliche Begehung zweifellos ist, sodafs man den gleichen Zustand, wie bei den übrigen Volksrechten auch hier voraussetzen mufs.[31]) Noch weiter geht jedoch die additio; diese erhöht bekanntlich die Kompositionen auf das Dreifache ihres früheren Betrages.[32]) Diese Gelegenheit wird nun benützt, um dem kasuellen Verletzer eine weitergehende Begünstigung zu teil werden zu lassen: für ihn bleibt es bei dem alten simplum.

Lex Frision. Add. III a

68. Si caballus aut bos aut quodlibet animal homini vulnus intulerit, dominus eius juxta qualitatem in simplo componere judicetur, et tres partes de ipsa mulcta componantur, quarta portione dimissa; inter Wisaram et Laubachi tota compositio in simplo persolvitur.

69. Si homo quislibet telum manu tenet, et ipsum casu quolibet

---

quod est inimicitia. Osenbrüggen p. 8 schliefst aus c. 387 auf ein Fehdegeld, das neben der Komposition für Unterlassung der Fehde gezahlt wurde (anschliefsend del Giudice Anm. 24; vgl. Brunner, Rechtsg. I, 165, Anm. 45); eine ebenso unnötige als bedenkliche Hypothese: hatte doch die Komposition an sich schon diesen Zweck. In der lex Salica bedeutet faidus so viel wie Komposition, aber neben diesem faidus erhält die Partei auch nichts. Pardessus loi Salique 652; Dareste, études 391; Glasson III, 541. — Vgl. noch Frank l. c. 59.

31) Vgl. III, 2, 3, 4, VII, 2, VIII, 1, XVI, 1, XVII (hier zeigt sich deutlich der Übergang zum bannus regius; s. v. Richthofen in Monumenta), XXII, 65, 82, 83, 88, 89. Die Höhe der freda bestimmt sich nach der Gröfse der Missethat; auch Bewer l. c. 95, 100 erkennt an, dafs das Friedensgeld nur bei absichtlicher Missethat verfiel, was zum folgenden zu merken ist.

32) Nach Brunner, Rechtsg. I, 225 f., vgl. eod. 216, ist diese Erhöhung nur eine scheinbare und kommt in ihr lediglich der Wechsel des Münzsystems (Übergang vom Goldsolidus zum Silbersolidus) zum Ausdruck; über die lex Frisionum s. eod. 340 f. Die Ansicht Brunner's wird bestätigt, durch die sehr eingehenden Untersuchungen von Heck, altfries. Gerichtsverf. S. 270 ff.

inciderit super alium, extra voluntatem eius, qui illud manu tenet, in simplo juxta qualitatem vulneris componat.[33]) (Dazu v. Richthofen in Monum. legg. III 689 f. Anm. 24—30.)

In diesen Bestimmungen der additio sehen wir ein Zeichen fortschreitender Würdigung der Schuldidee.[34]) Ähnliche Bestrebungen zu Gunsten des absichtslosen Thäters sind in der Folgezeit nicht selten. Man empfand sein Los als Härte und suchte es zu mildern. Das Wergeld wurde herabgesetzt — es wird zu reinem Schadenersatz — die typischen Fälle, die man als Ungefähr anerkannte, wurden erweitert, und im äufsersten Falle trat das königliche Begnadigungsrecht in Wirkung.[35])

---

33) Vgl. Aelfred 36 (Übers. Schmid) „Wenn jemand einen Speer auf der Achsel hat und sich damit jemand anspiefst, so gelte er die Were ohne Wette"; leges Henrici primi 90, § 6, 7.

34) Vgl. Heck, l. c. 271. — Im Gegensatze zur herrschenden Auffassung sucht Bewer in dem citierten Aufsatze nachzuweisen, dafs schon nach dem älteren Volksrechte der absichtliche Missethäter die tripla compositio zahlen mufste. Nur gehe die additio von der absichtlichen Missethat aus und betrachte den casus als Ausnahmsfall, der speziell normiert wird, während die lex umgekehrt gerade in jenen Titeln (I und XXII), welche die Hauptmasse der bufsenrechtlichen Bestimmungen enthalten, nur die Grundtaxe für die unvorsätzliche That bestimme, wobei stillschweigend vorausgesetzt werde, dafs bei absichtlicher Begehung das triplum zu zahlen sei. Diese Ansicht ist von vornherein höchst unwahrscheinlich; ein Gesetz, welches den Unterschied zwischen Absicht und casus (der hier die Fahrlässigkeit mit umfafst), nicht erst hervorheben zu müssen glaubt, setzt eine Taktfestigkeit der Adressaten in der Schuldfrage voraus, wie sie in jener Zeit sicherlich nicht bestand; auch ist nicht einzusehen, warum die additio den Ausgangspunkt gewechselt haben sollte, wenn inzwischen kein Wandel in der Beurteilung schuldloser Handlungen Platz gegriffen hätte. Entscheidend ist jedoch die Betrachtung der reichen Kasuistik des Tit. XXII (de dolg.). Bei einer grofsen Zahl von Fällen ist es ganz ausgeschlossen, mit Bewer anzunehmen, dafs das Gesetz kasuelle Begehung im Augen habe. Er selbst hebt hervor, dafs 1 und 65 ausdrücklich von Verletzungen per iram reden, aber auch die fortgesetzt wiederkehrenden Formen: si nasum, aurem etc. absciderit, transpunxerit etc. sind wohl zunächst nicht auf casus gemünzt, und wer möchte an Zufall denken, wenn es in 57 heifst: si veretrum quis alium absciderit, weregildum suum componat. Ganz bestimmt jedoch reden nicht von casus die Fälle 65, 82, 83, 88, 89; denn sie alle fixieren gleichzeitig mit der Komposition die Höhe der freda, und diese wird ja nach Bewers eigenem Zugeständnisse nur bei absichtlicher Missethat erhoben. Die additio erhöht aber auch in diesen Fällen die Komposition. Man vergleiche: XXII, 83 si quis alium iuxta aquam stantem impinxerit, et in aquam, ita ut submergeatur, proiecerit, 4 solidos componat, et pro freda solidos 2; und add. III (a), 41: qui alium in aquam impinxerit, ita ut mergatur, ter 4 solidos componat. (Auf die weiteren, von Bewer hilfsweise herbeigezogenen Argumente, die meines Erachtens nichts beweisen, kann ich hier leider nicht eingehen). — Nach meiner Auffassung ist gerade der Titel XXII der lex Frisionum ein klassischer Beleg dafür, dafs dem älteren germanischen *Kompositionen*rechte dolus und casus ungeschieden nebeneinanderlagen.

35) Leges Henrici primi 90, § 11. Sunt etiam infortuniorum genera quamplurima casu magis quam consilio contingentia, et *misericordiae* potius quam judicio com-

Gleichzeitig finden wir in dieser Zeit schon Ansätze zur Entwicklung eines Begriffes der Fahrlässigkeit.[36]) So sehen wir denn gegen den Schlufs unserer Periode eine fortschrittliche Entwicklung sich anbahnen. Das Schuldprinzip gewinnt in der Gesetzgebung immer mehr an Boden.

## Anhang I. Der Wille im germanischen Strafrecht.

Wilda tritt pp. 146 ff., 544 ff. in ausführlicher Polemik gegen Rogge und Jarcke für die Ansicht ein, dafs bei den Germanen „der *widerrechtliche Wille* die eigentliche Grundlage alles strafbaren Unrechts" gewesen sei, ein Satz, in dem er „das notwendig jedem Strafrecht zu Grunde liegende Prinzip" erblickt (p. 155). (Anschliefsend John, Strafr. in Norddeutschl., 1 ff.; del Giudice l. c. 15. — A. A. Pertile, V. 59. Anm. 3; vgl. Schröder, Lehrb. 80 f.). Gegen diese vielbesprochene Ansicht ist folgendes zu bemerken: 1. Die zahlreichen Quellenstellen, die sich über *Tötungsdelikte* und *Körperverletzungen* verbreiten, stellen es aufser Zweifel, dafs es dabei für das älteste germanische Recht lediglich auf den Erfolg ankam. Das leugnet auch Wilda nicht; er führt diese Erscheinung auf Unvollkommenheiten in der Ausführung des Grundgedankens zurück und verweist darauf, dafs bei *einzelnen* Delikten der Dolus zum (speziellen) Thatbestande gehört habe (z. B. beim Diebstahl, Brunner, Rg. II. 545, Anm. 7). Nun sind aber gerade die erstgenannten Delikte naturgemäfs in allen Rechten jene Paradigmen, an denen sich *allgemeine Prinzipien* zuerst entwickeln; auch in den germanischen Rechtsquellen stehen sie in erster Reihe. Wenn es anginge, die Behandlung der wichtigsten Fälle als „Ausnahme" hinzustellen, dann wäre es allzuleicht, einem beliebigen Rechtszustande ein beliebiges Prinzip unterzuschieben. — 2. Das germanische Erfolgprinzip hat sich durch das ganze Mittelalter im Kampfe gegen römisches und kanonisches Recht verteidigt; darüber s. u. § 6, 7. Der Rückschlufs liegt auf der Hand. — 3. Die Konstatierung dieser Thatsache bedeutet keinen „Vorwurf" gegen das germanische Recht, das in unserer Frage nicht eine Ausnahme bildet, sondern *der allgemeinen Regel für naturwüchsige Volksrechte folgt.* Vgl. Post, Ethnol. Jurisprud. II. 216, Anm.

Neuestens hat Brunner (absichtslose Missethat) 815 f., Rechtsgesch. II, 537, 544 ff.) die Ansicht Wildas zu stützen versucht. Nicht aus Gleichgiltigkeit gegen das Willensmoment sind die nicht wegzuleugnenden Thatsachen zu erklären, sondern durch den das deutsche Recht beherrschenden Formalismus, der *aus dem zugefügten Übel* mit schroffer Konsequenz ohne Untersuchung des individuellen Falles *auf das Dasein des verbrecherischen Willens" schliefst.* Aber nach seiner eigenen Darstellung läfst das Recht eine allerdings mildere, aber doch eine „strafrechtliche Vergeltung" auch dort eintreten, wo es einen „Typus des Ungefährwerkes" aufstellt, also die erstere Präsumtion durch eine stärkere aus dem Felde schlägt und die Zufälligkeit des üblen Erfolges damit anerkennt! (Absichtsl. M. 828 f.,

---

mittenda: *legis* enim est, qui inscienter peccat, scienter emendet, et qui brecht ungewealdes, bete gewealdes. Wir sehen hier schon deutlich das Widerstreben gegen das alte „strenge Recht", das in einer oftcitierten Parömie (vgl. eod. 70. § 12, 88, § 6) erscheint. Weiteres bei Brunner, absichtsl. M. 818 f., 829 f., Rechtsg. II, 547 f.; Frank 19 f.; Schmidt, Schadenersatz 15; Stephen, history III, 35 f.

36) Vgl. Wilda 578 ff.; Brunner, Rechtsg. II, 548.

Rechtsg. II. 547 f.) Und wie erklärt sich die gleiche Erscheinung in hundert anderen Rechten, denen die germanische Formenpedanterie fremd war? (Vgl. über die Annahme einer Schuldpräsumtion v. Bar in d. Z. f. Rechtsgesch. X. 97 und Handb. I. 62 f., 112 f.) — Ich glaube, dafs die im Texte vorgenommene strenge Scheidung von Rache- und Kompositionensystem einerseits und Friedenssystem anderseits eine durchaus befriedigende Lösung der vielbesprochenen Frage bietet.

## Anhang II. Die Schuldfrage in den romanisierenden Volksrechten.

Interessant ist ein Vergleich jener alten Gesetzgebungen, bei denen bereits der Einflufs des römischen Rechtes überwiegt. Die lex Burgund. XVIII. bestimmt unter der Rubrik „De his quae casu contigerint" folgendes:

1. Si quodcumque animal quolibet casu, aut morsus canis homini mortem intulerit, *jubemus etiam inter Burgundiones antiquam exinde calumniam removeri:*[a]) *quia quod casus operatur, non debet ad damnum aut inquietudinem hominis pertinere.* Ita ut ..... ipsum animal aut canem, per quem damnum videtur admissum, tradat illi, qui damnum pertulit.

2. Lancea vero, vel quodcunque genus armorum aut proiectum in terra aut fixum simpliciter fuerit et casu se ibidem homo aut animal impulerit, illum cuius arma fuerit nihil jubemus exsolvere; nisi forte sic arma sua in manu teneat, ut homini periculum possit inferre; dazu eod. II. 7.... *ut* interfecti parentes nullum nisi homicidam persequendum esse cognoscant: *quia sicut criminosum jubemus extingui, ita nihil molestiae sustinere patimur innocentem.*

Der Gesetzgeber befindet sich hier in bewufstem Widerspruch gegen das hergebrachte Volksrecht; von jetzt ab soll es anders werden! Als Vorbild der Reform dient natürlich, wie in so vielen anderen Punkten, das römische Recht.[b])

Die lex Visigothorum zeigt, ebenfalls ihrem Gesamtcharakter entsprechend, in der Schuldfrage den gröfsten Einflufs römisch-christlicher Anschauung. Sie ist bereits zum System öffentlicher peinlicher Strafen übergegangen;[c]) in lib. VI. tit. V. De caede et morte hominum stellt sie an die Spitze den Satz: Quicumque nesciens hominem occiderit, et nullum contra eum odium habuerit, iuxta Domini vocem reus mortis non erit; eine Nachbildung von Numeri XXXV. 20 ff.[d])

---

[a]) Für die nach römischem Rechte lebenden Unterthanen war dies ja selbstverständlich. S. Lex Romana Burgund. XIII. — Der Ausdruck calumnia in gleicher Verwendung bei Liutpr. 136.

[b]) Vgl. Brunner, Rechtsg. I, 339; Kohler, Shakespeare 161; Frank 29 f.

[c]) Vgl. Dahn, Westgot. Studien, Vorwort, 141, 143 f., 146, 228 f.; Brunner, Rechtsg. I, 331; Glasson III, 579; Frank 27 f.

[d]) Wie wenig dieses Prinzip in das Rechtsbewufstsein der Zeit übergegangen war, zeigt der geradezu brutale Rückfall in der Zusatzverordnung des Königs Vamba (bei Walter, corpus juris germ. I, 668): ... ut quicumque deinceps occiderit hominem, *si volens aut nolens homicidium perpetraverit* ... ipse in potestate ... propinquorum defuncti tradatur.

Bemerkenswert ist noch folgendes: Die lex Visig. lib. VI, tit. V., c. 6 bestimmt: „Si dum quis *calce*, vel *pugno*, aut *quacunque percussione* iniuriam conatur inferre, homicidii extiterit occasio, pro homicidio puniatur“ und eod. tit. IV., c. 8. „Si quis ingenuus ingenuo *vulnus* inflixerit, ita ut continuo qui vulneratus fuerit, moriatur, percussor pro homicidio teneatur“. Aus diesen Stellen folgert Wilda, p. 688: „Es wurde zum Totschlag nicht der bestimmte Wille, zu töten, als wesentlich gefordert, *sondern es genügte der unbestimmte Wille, seinem Feinde ein Leides zu thun*. (Ähnlich Hälschner, Preuss. Strafr. III. 34 und Dahn, westgot. Studien, 288, Note 11).

Die Stellen wollen aber weiter nichts sein, als Vorschriften darüber, wann der *Kausalzusammenhang* zwischen der Handlung des Thäters und dem Tode des Verletzten als vorhanden betrachtet werden soll.[e]) Sie schliefsen sich dabei ganz deutlich an die Interpretation der römischen lex Aquilia an; diese verlangte bekanntlich ein „occidere“ und die Ausleger verstanden darunter einen groben, sinnfälligen Kausalzusammenhang, zu dem sie das „mortis causam praestare“ in Gegensatz stellten.[f]). Wir finden das Vorbild unserer ersten Stelle in l. 7 § 1 D. Ad leg. Aqu. 9, 2. (Ulpianus): *Occisum* autem accipere debemus si ..... vel *manibus*, ... vel *calce* petiit, .. vel *qualiter qualiter*; und das der zweiten in l. 52. pr. eod. (Alfenus) „Si ex *plagis* servus mortuus esset, .... recte de iniuria *occiso* eo agitur.

Die fraglichen Stellen *beabsichtigen* also nur, Zweifel über das Vorhandensein des erforderlichen Kausalzusammenhanges auszuschliefsen und beziehen sich nicht auf die Schuldfrage. Dafs sie bei der Anwendung sehr leicht im Sinne Wildas mifsverstanden werden konnten, ist ohne weiters zuzugeben. Wir sehen hier zum ersten Male die Gefahr, die in einer Übertragung von Sätzen über die aquilische Haftung auf das Strafrecht liegt. Dort handelt es sich um ein durch culpa levissima begründete Ersatzpflicht — dafs eine solche culpa auch in einer leichten Verwundung liegen kann ist selbstverständlich. Der gotische Gesetzgeber verpflanzt den Satz in das Totschlagsrecht, ohne an den bei ihm notwendigen Vorbehalt: „scilicet si eum *voluntas homicidii* cruentet“ (vgl. l. VI., tit. V. c. 1 i. f.) zu denken.

---

## § 3.

## Das altjüdische Strafrecht.*)

### Litteratur.

a) *Quellenkritik:* Kautzsch, die heilige Schrift des alten Testaments; bes.: Abrifs der Geschichte des alttestamentlichen Schrifttums, in den Beil. das. S. 136 ff.

---

[e]) Das gleiche gilt zweifellos von den bei Wilda l. c. weiter angeführten nordischen Quellenstellen.

[f]) Vgl. dag. l. 15 D. ad l. Corn. de sic. 48, 8.

*) Eine moderne Richtung in der Bibelkritik, die ich aus den oben genannten Werken kenne, vertritt mit Gründen, die jedenfalls sehr beachtenswert sind, folgende Ansicht über Alter und Entstehung des Pentateuch: derselbe sei seiner Form nach in keiner Weise auf Moses zurückzuführen, vielmehr erst in nachexilischer Zeit aus mehreren Quellenschriften durch einen Redaktor zusammengesetzt worden. Diese

Robertson Smith, W., the old testament in the Jewish church. Twelve lectures on biblical criticism. Edinburgh 1881. Wellhausen, Prolegomena zur Geschichte Israels. 3. Ausg. 1886. — die Composition des Hexateuchs etc. 2. Druck 1889.

b) *Altertümer:* Benzinger, Hebräische Archäologie (aus dem „Grundrifs der theol. Wissenschaften" 2. Reihe I) 1894. Nowack, Lehrbuch der hebräischen Archäologie, 2 Bde., 1894. Riehm, Handwörterbuch des biblischen Altertums I (2. Aufl.) 1893, II, 1884 (bes. Art. Bluträcher, Körperverletzungen, Strafrecht).

c) *Spezielle Rechtslitteratur:* Goitein, das Vergeltungsprincip im biblischen und talmud. Strafrecht (Reiche Litteraturangaben s. S. 10) Hall. Diss. 1891. Michaelis, Mosaisches Recht, 2. Ausg. Frankfurt a. M. 1775 ff. Saalschütz, das mosaische Recht I, 1846, II, 1848. Die entsprechenden Abschnitte in den bereits genannten Werken von du Boys, histoire . . . des peuples anciens; Günther, Wiedervergeltung I; Loiseleur, l. c.; Post, Allg. Rechtsw; Thonissen, études II; Welcker, letzte Gründe.

Das altjüdische Recht hat mit dem germanischen einen gemeinsamen Ausgangspunkt: die Rache; es unterscheidet sich von ihm durch das kräftige Eingreifen des Sakralrechtes, das den Schuldgedanken frühzeitig zu besserer Entwicklung bringt. Das ursprüngliche Volksrecht ist Racherecht. Zwar sucht das Sakralrecht neben der Rache das Moment der *Sühnung* vorzuschieben; aber es benützt die mit religiöser Weihe umgebene Rache zu seinen sozialpolitischen Zwecken; und die altisraelitische Theologie unterliegt der volkstümlichen Anschauung, wenn sie die göttliche Gerechtigkeit als eine rächende erfafst, die sich

---

Quellenschriften, die an die *mündliche* Tradition anknüpfen, seien keinesfalls vor die Königszeit zu setzen. Über ihre zeitliche Reihenfolge besteht noch keine Einigkeit. Wellhausen und mit ihm Kautzsch stellen folgende Chronologie auf: In der goldenen Periode der hebräischen Litteratur (Zeit der Könige und Propheten, vor der Auflösung der beiden israelitischen Reiche durch die Assyrer) entstanden zwei historische Schriften, die sich dadurch von einander scharf sondern, dafs in der einen (E) der Name Gottes stets durch Elohim, in der anderen (J) stets durch Jahve wiedergegeben ist; beide wurden dann zu dem jehovistischen Geschichtsbuch (JE) vereinigt. Aus der Zeit seiner angeblichen Entdeckung unter König Josia (621 v. Chr.) stamme der Grundstock des Deuteronomium (D), während ein hauptsächlich Kultgesetze enthaltender Priesterkodex (P) fast 200 Jahre später abgefafst wurde. Dieses von dem Redaktor (Esra?) zu einer Einheit verarbeitete Material wurde dann von Esra als Gesetz publiziert (444 v. Chr.). Auf die weiteren Teilungen glaube ich nicht eingehen zu sollen. Vgl. noch Benzinger 324 ff.; Nowack I, 318 ff.

Eine fachmännische eingehende Bearbeitung der israelitischen Rechtsgeschichte auf der Basis dieser modernen Forschungen steht noch aus. Kürzere Darstellungen geben Benzinger und Nowack. Bei Benutzung der ganzen kritischen Litteratur schien mir vorerst noch höchste Vorsicht geboten.

Schon hier möchte ich aber darauf hinweisen, dafs der Pentateuch seine welthistorische Stellung ebenso wie seinen Platz in der Entwicklungsgeschichte des Strafrechts in jener Form erlangt hat, in der er heute noch den meisten erscheint, nämlich als *einheitliches Gesetzeswerk*.

Die Fortbildung der biblischen Lehren durch den Talmud liefs ich unberücksichtigt, da sie jedes allgemeinen Interesses entbehrt.

— der menschlichen Erscheinungsform der Rache entsprechend — auf die schuldlosen Nachkommen des Sünders erstreckt.[1])

Der nächste Verwandte des Erschlagenen tritt als Goël auf, als „Blutlöser“[2]). „Er hat den Mörder zu töten; wo er ihn trifft, soll er ihn töten (4. Mos. 35, 19. P); und zwar ist er dazu auch ohne gerichtliches Verfahren ermächtigt.[3]) Findet ein Prozefs statt, so wird ihm der Mörder zur Vollstreckung der Todesstrafe ausgeliefert. Die Blutrache geht auch wider die *Zufallsthat*, und es wird ausdrücklich anerkannt, dafs auch in diesem Falle den Goël keine Blutschuld, keine Verantwortung vor Gott und Menschen trifft. Aber das Gesetz mifsbilligt ganz entschieden die Tötung des schuldlosen Totschlägers; aufser stande, der tief eingewurzelten Volkssitte Einhalt zu gebieten, öffnet es dem Verfolgten ein Asyl in sechs zu diesem Zwecke bestimmten Städten. Hier lebt er in einer Art Verbannung bis zum Tode des Hohepriesters; mit diesem Zeitpunkte soll die Blutfehde enden, der Totschläger darf wieder unangefochten in seine Heimat zurückkehren.[4])

Dafs die Rache sich ursprünglich auch bei den Israeliten auf die ganze Familie des Thäters erstreckt haben mufs, ergibt sich schon aus dem Bilde von der göttlichen Gerechtigkeit, welche die Sünden der Väter an den Kindern rächt.[5]) Beispiele dieser Übung sind uns noch in den historischen Büchern erhalten; doch ist sie in 5. Mos. 24, 16 (D) verboten.[6])

---

1) Vgl. II. Mos. 20, 5 (E); Josua 7, 24 (JE) und die mannigfachen Berichte der historischen Bücher über vollzogene „Ausrottungen“ von ganzen Städten, Königsgeschlechtern u. s. w.

2) Über die Bedeutung dieses Wortes vgl. Michaelis II, 401 ff. („der vom Blute befleckte“, der gleichsam den Flecken von sich und der Verwandtschaft abzuwaschen hat); Saalschütz II, 482 ff.; Loiseleur 351 ff.; Thonissen, études II, 258 ff.; Goitein 24 f.

3) So der klare Wortlaut der Bibel. Die entgegengesetzte Auffassung wird übrigens schon dadurch widerlegt, dafs der Goël — wie sofort zu erweisen sein wird — auch den schuldlosen Totschläger auf der Flucht ins Asyl töten durfte, während die Gemeinde doch die Pflicht hatte, diesen vor dem Bluträcher zu retten; hier ist der Gedanke an ein vorhergehendes gerichtliches Verfahren ausgeschlossen. Vgl. Michaelis VI, 32; Thonissen II, 260. Mifsverständlich Goitein 25, Anm. 2.

4) S. 2. Mos. 21, 13 (E); 4. Mos. 35, 11 ff. (P); 5. Mos. 4, 41—43 (P); eod. 19, 4—6 (D). Das Ende dieses *ἀπενιαυτισμός* ist also dem Zufall anheimgegeben.

5) Vgl. oben in § 1 über die antikisierende Tendenz des Kultes.

6) Solche Beispiele in 2. Samuel 21, und in 1. Könige 21, 13 f. zusammen mit 2. Könige 9, 26. Die Propheten Jeremia (31, 29 f.) und Ezechiel (18, 1 ff.) finden es für unrecht, dafs „den Kindern die Zähne stumpf werden, weil die Väter sauere Trauben afsen“. Der erstere erwartet jedoch erst von einer besseren *Zukunft* eine Änderung. Da „wird ein jeglicher um seiner eigenen Verschuldung willen sterben“. Dieses Ideal wird nun in D als gesetzliches Postulat aufgestellt: „Die Väter sollen nicht für die Kinder, noch die Kinder für die Väter sterben; sondern ein jeglicher soll für seine Sünde sterben“. Von König Amazja (der *nach* der Auffindung von D

Bei Körperverletzungen bot die Rechtsordnung dem Beleidigten in der *Talion*[7]) Befriedigung und Mafs seiner Rache[8]); sie erscheint den Israeliten als das Ideal strenger, aber gerechter Vergeltung. Auffallend ist es, dafs bei der Androhung der Talion nirgends von einem Verschulden des Thäters die Rede ist; ob und wie weit darauf Rücksicht genommen wurde, läfst sich nicht mit Sicherheit feststellen.[9])

Die Komposition ist den Hebräern bekannt; in 2. Mos. 21, 29f. (E) wird sie ausdrücklich zur Lösung des Lebens zugelassen, dagegen in 4. Mos. 35, 31ff. (P) schlechthin jedem Totschläger, auch dem schuldlosen, versagt; der letztere Standpunkt entspricht sicherlich besser dem konsequent entwickelten Grundgedanken des sakralen Sühnerechtes, sodafs der Widerspruch sich aus der zeitlichen und inhaltlichen Verschiedenheit der Quellen leicht erklären liefse. Da das Verbot der Komposition sich nur auf Tötungen bezieht, so stand einer gütlichen Vereinbarung der Parteien bei Körperverletzung nichts im Wege; es ist daher durchaus glaubwürdig, wenn die rabbinische Tradition behauptet, dafs die Talion in Wahrheit nur die Basis eines Kompositionensystems gewesen sei.[10])

---

lebte) wird ausdrücklich hervorgehoben (2. Kön. 14, 6 = 2. Chron. 25, 3f.), dafs er die Kinder der Königsmörder *nicht* hinrichten liefs, nach dem Gebote Jahves, unter deutlichem Hinweis auf unsere Stelle. Vgl. Michaelis V, 2ff.; Saalschütz II, 445ff.; Thonissen I, 204; Nowack I, 330, 331.

7) 2. Mos. 21, 22–25 (E); 3. Mos. 29, 19—22 (P); — Talion ist noch angedroht für *falsches Zeugnis* in 5. Mos. 19, 16–21 (D); eine Anwendung davon in der „Historie von der Susanna" a. E.; dagegen ist die Talion nicht durchgeführt in 5. Mos. 22, 13ff. (D) für den Fall, dafs der Mann seine Gattin des vorehelichen Verlustes der Jungfrauschaft zeiht. — Vgl. u. Note 20.

8) „The principle of retaliation is conceived as *legitimate vengeance*" Robertson Smith l. c. 336; vgl. Benzinger 332. — Richtig ist, dafs die Talion vom Sakralrechte *anerkannt* wird; willkürlich jedoch die Behauptung Leist's (gräco-ital. R.-G. 310), der Talionsgedanke sei bei den Ariern Bestandteil der Individualtimorie, bei den Juden Bestandteil des (der autoritären Timorie zu parallelisierenden) theokratischen Strafsystems. Die „autoritäre Timorie" der Römer hat sich den Talionsgedanken genau in der gleichen Weise angeeignet, wie die der Juden.

9) Ich verweise auf das in § 1 über die Talion Ausgeführte, und auf die merkwürdige Analogie im altrömischen Rechte. — Vgl. Michaelis V, 55f.; Benzinger 337: „das Gesetz selbst will die Talion offenbar nur da durchgeführt wissen, wo es sich um vorsätzliche (mit Vorbedacht verübte) Körperverletzungen handelt. Denn das Bundesbuch bestimmt (Ex. 21, 19), dafs bei Verletzungen in der Hitze des Streites der Thäter dem Verletzten nur die Heilungskosten erstatten und ihn für die Zeit des Krankseins entschädigen solle; *offenbar unter der Voraussetzung, dafs bei einer Schlägerei beide Teile Schuld haben.*" Aber gerade durch den letzteren Gedanken wird die Entscheidung auf Schlägereien eingeschränkt. Überdies ist aus der von B. citierten Stelle nicht ersichtlich, dafs der Geprügelte einen *dauernden* körperlichen Schaden davongetragen hat, was ja erste Voraussetzung der Talion wäre.

10) Das „ni cum eo pacit" der XII tabb. wäre also gleichsam zu subintellegieren. Vgl. Michaelis V, 56f.; Welcker, letzte Gründe 302f.; Saalschütz

Wir finden also im israelitischen Altertum die charakteristischen Züge des Racherechtes, das von der Gesetzgebung teils geduldet, teils zu ihren Zwecken benützt wird. *Daneben stellt jedoch die Religion ein dem Grundgedanken nach völlig selbständiges System auf, das des sakralen Sühnerechtes.*[11])

Das unschuldig vergossene Blut schreit von der befleckten Erde zu Gott. Es *verunreinigt* das Land, darinnen die Menschen wohnen, *darinnen auch die Gottheit wohnt;* und das Land kann von dieser Blutschuld nur durch das Blut desjenigen erlöset werden, der das unschuldige Blut vergossen hat.[12])

Der Sühnetod ist aber nicht für jeden Totschläger angeordnet. Das Gesetz unterscheidet zwei Hauptgruppen von Tötungen, welche durch typische, vielfach auf Beweiserleichterung[13]) zugeschnittene Rechtsfälle erläutert werden.[14])

In der ersten Hauptgruppe wird vorausgesetzt, dafs bei Vornahme der verbrecherischen Handlung der Thäter eine „feindselige Absicht" wider das Opfer gehegt habe; diese Absicht mufs nicht gerade auf den Tod gerichtet sein, doch ergibt die Fassung des Gesetzes, dafs der Tod als Folge jener Handlung zum mindesten ohne weiteres voraussehbar, wohl auch vom Thäter wirklich vorausgesehen, sein mufste: „Und wenn er mit eisernem Gerät ihn geschlagen, dafs er starb: so ist er ein Mörder, getötet soll der Mörder werden. Und wenn mit einem Stein (in) der Hand, *wodurch man sterben kann,* er ihn geschlagen, dafs er starb: so ist er ein Mörder, getötet soll der Mörder werden. Oder er hat mit hölzernem Gerät (in) der Hand, *wodurch man sterben*

---

II, 449 ff.; Thonissen II, 59 ff., 88; Loiseleur 8; Benzinger 332; letzterer irrt jedoch, wenn er den in 2. Mos. 21, 18 vorgeschriebenen Ersatz der Kurkosten mit der Komposition auf eine Stufe stellt.

11) Vgl. Benzinger 321. Über Spuren der Familiengerichtsbarkeit s. Nowack 320.

12) Auch das *Tier* trägt Blutschuld. — Vgl. 1. Mos. 4, 10 f. (J); eod. 9, 5 f. (P); 4. Mos. 35, 33 f. (P); 5. Mos. 19, 13 (D); eod. 21, 6—8 (D) (Entsühnung der Gemeinde, wenn der Thäter unbekannt ist); eod. 22, 8 (D). — Die Strafe ist ein Entsühnungsmittel; ihr Vollzug entehrt nicht, im Gegenteile, er reinigt. 5. Mos. 25, 1—3 (D), dazu Thonissen I, 205; Nowack I, 328. Auch der Abschreckungsgedanke findet sich oft und kräftig herausgehoben; z. B. 5. Mos. 13, 11; 17, 13; 19, 20; 21, 21 (sämtlich aus D). Vgl. Nowack I, 334.

13) So z. B. gehört die mehrfach betonte Frage, ob der Thäter mit dem Opfer vor der That in Feindschaft gelebt habe, in das Gebiet des Beweisrechtes (Indicienbeweis). Vgl. Thonissen II, 185 f.; Benzinger 336.

14) Die Hauptquellen für das folgende sind 2. Mos. 21, 12 ff. (E); 4. Mos. 35, 11 ff (P); 5. Mos. 19, 5 ff. (D). Die Vermutung Benzingers 324, dafs das Gesetz aus einer „Zusammenstellung *einzelner Rechtsentscheide*" hervorgegangen sei (gebilligt von Nowack I, 319) ist sehr ansprechend und braucht m. E. nicht auf das Bundesbuch (= 2. Mos. 20, 24—23, 9) eingeschränkt zu werden.

*kann,* ihn geschlagen, dafs er starb: so ist er ein Mörder, getötet soll der Mörder werden."[15]) Es wird also auf die Beschaffenheit der Waffe hier das gröfste Gewicht gelegt: es mufs eine tötliche Waffe sein; bei dem Eisen als der gewöhnlichen Mordwaffe hält das Gesetz jenen charakteristischen Beisatz für unnötig, ebenso weiter unten in V. 21 bei Tötungen mit der Hand, die jedermann am ehesten in seiner Gewalt hat.

Diese Form entspricht in ihrer ganzen Unbestimmtheit dem dolus indirectus der gemeinrechtlichen Doktrin des 18. Jahrhunderts.[16])

Dazu kommt dann noch folgender singuläre Fall in 2. Mos. 21, 29: Jemand besitzt einen stöfsigen Ochsen, und diese Eigenschaft des Tieres ist ihm *angesagt worden;* trotzdem verwahrt er es nicht, und es tötet hierauf einen Menschen: „man soll den Ochsen steinigen, *und sein Herr soll auch sterben.*"[17]) Hier sieht also das Gesetz von jeder bösen Absicht ab, es genügt die *wissentliche* Gefährdung fremden Lebens.

Damit erscheint die erste Hauptgruppe, die man ungefähr als die der *dolosen* Tötungen bezeichnen kann, abgeschlossen. Alles andere fällt in eine gemeinsame Gruppe, ohne dafs die nichtdolosen Tötungen noch weiter in kulpose und kasuelle eingeteilt würden.

Für unvorsätzliche Handlungen jeglicher Art hat das Gesetz besondere Vorschriften.[18]) Zwar belastete auch der unvorsätzliche, unwissentliche Frevel das himmlische Schuldkonto des Thäters; aber die Gottheit läfst sich in diesem Falle durch ein Sündopfer versöhnen. Sowie am Versöhnungstage der Priester jegliche Sünde des Volkes einem Widder aufs Haupt legt, der sie dann in die Wüste trägt (3. Mos. 16, 20f.), so gestattet die Gottheit eine ähnliche Entsühnung, wenn ein Einzelner oder eine Gemeinde sich unwissentlich vergeht: „Wenn aber jemand vorsätzlich sündigt .... der lästert Jahve; ein solcher soll weggetilgt werden aus seinen Volksgenossen; denn er hat das Wort Jahves für nichts geachtet und sein Gebot zu nichte gemacht ...."[19]). Vor dem weltlichen Forum hat die unvorsätzliche Tötung von Sakralrechts wegen keine weitere Folge.

15) Wörtliche Übersetzung von 4. Mos. 35, 15—18 (P), die mir von fachmännischer Seite gütigst zur Verfügung gestellt wurde.

16) Ich halte es nicht für ausgeschlossen, dafs der Gesetzgeber auch hier vorwiegend eine Beweiserleichterung schaffen will, indem er den Rückschlufs aus der Verwendung einer tötlichen Waffe auf die tötliche Absicht sanktioniert. Benzinger 336 nimmt an, dafs P in der Begriffsbestimmung von E etwas abweicht; ebenso Nowack I, 330. Vgl. Michaelis VI, 15ff., 24ff.; Welcker 298; Saalschütz II, 527ff. und bes. Anm. 654.

17) Es ist dies jener Fall, für den ausdrücklich Komposition gestattet ist.

18) 3. Mos. 4 u. 5; 4. Mos. 15, 22ff.; sämtlich aus P. Die Analogie mit dem römischen Sakralrecht ist eine vollständige.

19) 4. Mos. 15, 30ff. Der Gedanke, dafs nur durch vorsätzliche Normübertretung die Autorität des Gebietenden verletzt wird, kommt in den obigen Worten zu klarem Ausdruck.

Zweifelhaft bleibt allerdings noch eine Stelle, 2. Mos. 21, 22ff. (E) Wenn Männer unter sich hadern und dabei ein schwangeres Weib verletzen, dafs ihre Frucht abgeht, so haften sie für jeden Schaden, den das Weib nimmt: Seele für Seele, Aug' um Auge u. s. w. Das Schuldmoment wird hier nicht erwähnt, und es entsteht der gleiche Zweifel, wie bei der Talion für Körperverletzungen. Es wäre nicht unmöglich, dafs auch dieser Satz von E als uraltes tralatizisches Material übernommen wurde, trotzdem er mit seiner Haftung für den Erfolg in das System von E nicht pafst. Indessen scheint mir eine andere Erklärung gleichfalls zulässig. Unsere Stelle ist ganz offenbar eine Abstraktion aus der Entscheidung eines einzelnen Falles, den die Praxis geboten hatte (vgl. Anm. 13). Nun ist es leicht möglich, dafs in dem zu Grunde liegenden Einzelfalle die Schuld des Thäters gar nicht in Frage stand und *deshalb* nicht erwähnt wurde, und dafs bei der Abstraktion des Rechtssatzes dieser Umstand der Aufmerksamkeit des Verfassers entging.

*Im grofsen und ganzen steht also das Sakralrecht gegenüber dem volkstümlichen Racherecht auf einem weit vorgeschrittenen Standpunkte.*[20]) Man wird mit der Annahme nicht fehlgehen, dafs dieser Fortschritt weniger auf kühle kriminalpolitische Erwägungen, als vielmehr auf eine ethische Vertiefung der Lebensanschauungen zurückzuführen ist. Es bedarf kaum eines Hinweises darauf, dafs das Moment der *Innerlichkeit* in den späteren Büchern des alten und neuen Testamentes immer kräftiger betont wird, bis schliefslich die Bedeutung des Werkes neben der Bedeutung der Gesinnung geradezu verschwindet. Wenn der aufserordentliche Einflufs, den die Bibel im ganzen Mittelalter ausübte, sich nicht immer in dieser Richtung bewegte, so lag dies durchaus nicht an den heiligen Schriften.

---

20) Doch ist der Gesetzgeber noch oft genug in einer rein äufserlichen Betrachtung der Dinge befangen; sehr auffallend ist es z. B., dafs der *Versuch* des Verbrechens nicht mit Strafe bedroht wird. S. Thonissen II, 188; Benevolo, il tentativo (1887) p. 14. Ausnahmsweise ist jedoch der Versuch bereits berücksichtigt bei der Talion für falsches Zeugnis (s. o. Note 7). Dem falschen Zeugen soll geschehen, *was er seinem Bruder anzuthun gedachte;* eine wirklich erfolgte Vollziehung der Strafe an dem fälschlich Beschuldigten wird nicht vorausgesetzt. Da aber dem altjüdischen Rechte (ebenso wie dem römischen s. u. § 5 Anh. VIII) das Wesen der falschen Anschuldigung in der Schädigung des Angeklagten (nicht in einer Verletzung staatlicher Hoheitsrechte) gelegen war, so liegt in unserem Falle Versuchsstadium vor.

## § 4.

# Das griechische Recht.

### Litteratur.

Busolt, Die griechischen Staats- und Rechtsaltertümer. 1892 (in v. Müllers Hdb. d. class. Altertumswissensch. IV, I, 1). Cauer, Über die drakontische Gesetzgebung. (Verhandlungen der 40. Versammlung deutscher Philologen u. s. w. 1889/90). Eichhoff, Über die Blutrache bei den Griechen. Progr. d. Gymnas. in Duisburg. 1872. Gilbert, Handbuch der griechischen Staatsaltertümer. I. 2. Aufl. 1893. Hermann, Lehrbuch der griechischen Antiquitäten. II. Bd., I. Abt. Rechtsaltertümer. Herausg. v. Thalheim 1884. Herrlich, Die Verbrechen gegen das Leben nach attischem Recht. Progr. Berlin 1883. Lipsius, Von der Bedeutung des griechischen Rechts. 1893. Meier u. Schömann, Der attische Procefs. Neu bearb. v. Lipsius. 1883—1887. Müller, Karl Otfried, Äschylos Eumeniden. 1833. v. Nägelsbach, Homerische Theologie. 3. Aufl. (Herausg. Autenrieth). 1884. Philippi, Der Areopag und die Epheten. 1874. Schömann, Griechische Altertümer. II. 2. Aufl. 1863 (die neueste Aufl. war mir zur Zeit nicht erreichbar). Thonissen, Le droit pénal de la république Athénienne etc. Bruxelles-Paris. 1875.

Die griechische Entwicklung teilt mit den bisher besprochenen den Ausgangspunkt; aber sie erhebt sich zur Blütezeit Athens auf eine höhere Stufe.

Das Recht der Vorzeit, das wir am zuverlässigsten in den homerischen Gedichten geschildert finden, stellt sich als reines Racherecht dar. Der Einzelne ist darauf angewiesen, seinen Interessenkreis selbst zu verteidigen durch Abwehr und Rache; die Gemeinschaft sorgt nicht für seinen Schutz.[1]) Ja es scheint, dafs auch die Götter an vergossenem Blute kein Ärgernis nehmen; der Gedanke, dafs der Mörder sich selbst und das Land befleckt, läfst sich nicht nachweisen: die Ausdrücke *μίασμα, ἄγος, μύσος* fehlen in dem Wortschatze Homers; und so weit wir wissen verkehrt der Mörder in der menschlichen Gesellschaft, ohne sich vorher einem Reinigungsakte unterzogen zu haben.[2])

1) Vgl. v. Nägelsbach, homer. Theologie 267; Thonissen l. c. 11 f., 35, 39; Lipsius, Bedeutung 20.

2) Vgl. v. Nägelsbach, hom. Theol. 267 f.; Eichhoff l. c. 8; Thonissen 44; Schmidt, Ethik II, 126; Herrlich 5; zweifelnd Schömann, Altert. 338; dag. Müller, Eumeniden 137. — Ist die vertretene Ansicht richtig, dann müssen wir annehmen, dafs die *späteren* griechischen Schriftsteller, welche die sakrale Mifsbilligung für die graue Vorzeit voraussetzen, sich in Anachronismen bewegen. Wäre das Gegenteil der Fall, dann ständen wir vor der seltsamen Erscheinung, dafs Homer der Schilderung eines Reinigungsaktes wie mit Absicht ausweicht, — er, der sich sonst nicht leicht die Gelegenheit entgehen läfst, derartige sakrale Aktionen recht breit auszumalen.

Umso heiliger ist die Verpflichtung der Verwandten, den Mord zu rächen; es ist eine Verpflichtung gegenüber der Seele des Verstorbenen, deren Erfüllung Religion und Sitte mit gleicher Strenge überwachen, eine Ehrenschuld, die unter allen Umständen getilgt werden mufs.[3])

Die Ablösung der Rache durch eine *ποινή* ist gebräuchlich; ihre Annahme verstöfst nicht wider die Würde. Doch ist Geben und Nehmen des Wergeldes Sache der freien Vereinbarung.[4])

Gelingt die Versöhnung nicht, so ergreift der Thäter die Flucht und sucht in der Fremde Schutz vor den Nachstellungen des Rächers. Dort geniefst er Gastesrecht. Der humane Grieche begegnet dem *ἱκέτης* mit einem aus frommer Scheu und menschlichem Erbarmen gemischten Gefühle (*αἰδώς*)[5]); — also nicht wie einem Entarteten und Schlechten, sondern wie einem *Unglücklichen*, den die schwere Hand des Schicksals getroffen und geweiht hat.

Und in der That waren sie oft des gezollten Mitleides nicht unwürdig; *denn auch bei den Griechen macht die Rache keinen Unterschied zwischen Schuldigen und Unschuldigen;* wir finden daher unter diesen Flüchtlingen solche, die als Kinder unvorsätzlich einen Totschlag begangen haben.[6]) Die Rache fragt nur nach dem Erfolge.[7]) Dagegen scheint eine Gesamthaftung der Familie bei den Griechen nicht stattzufinden.[8])

Über den Zeitraum, der zwischen dem Heroenzeitalter und dem Aufblühen Athens liegt, wissen wir sehr wenig; wir können den Übergang von dem Prinzipe der Nichtintervention zu dem gegenteiligen

3) Welcker, letzte Gründe 377 ff., 400, 422 f.; Müller, Eumeniden 126; Eichhoff l. c. 3, 9, 15 ff.; Thonissen l. c. 39 f.; Schmidt, Ethik I, 116 ff., II, 125 ff.; Leist, gräco-ital. R.-G. 323 f., und alt-ar. j. gentium 425.

4) Das letztere ist bestritten. Feste Kompositionentaxen sind nur auf Gortyn nachweisbar. S. Bernhöft in Zeitschr. f. vergl. R.-W. VI, 282, 296 f. — Vgl. Ilias IX, 632 ff. und XVIII, 498 f.; Philippi, Areopag 3 ff.; Thonissen l. c. 37 f.; Herrlich l. c. 4; Lipsius, Bedeutung 20. — In der athenischen Periode galt es als schwere Pflichtverletzung, sich durch Annahme von Geld von der Erhebung der Klage abhalten zu lassen. Schmidt, Ethik II, 126 f.; Cauer 113.

5) Müller, Eumeniden 133 ff.; v. Nägelsbach, hom. Theol. 269 ff.

6) Berühmt ist die auch in die Pandekten übergegangene Rede des Patroklos, Ilias 23, 85 ff.:

*εὖτέ με τυτθὸν ἐόντα Μενοίτιος ἐξ Ὀπόεντος*
*ἤγαγεν ὑμετερόνδ' ἀνδροκτασίης ὕπο λυγρῆς*
*ἤματι τῷ ὅτε παῖδα κατέκτανον Ἀμφιδάμαντος,*
*νήπιος, οὐκ ἐθέλων, ἀμφ' ἀστραγάλοισι χολωθείς.*

Vgl. dazu die Parallelstelle aus Xenophon, Anabasis 4, 8, 25: *εἵλοντο δὲ Δρακόντιον Σπαρτιάτην ὃς ἔφυγε παῖς ὢν οἴκοθεν παῖδα ἄκων κατακτανὼν ξυήλῃ πατάξας.*

7) Vgl. Anhang I.

8) Wohl aber besteht noch Gesamthaftung gegenüber der gekränkten Gottheit. „Es wenden die Götter ihr segnendes Auge von ganzen Geschlechtern.“ Vgl. Welcker, letzte Gründe 375 f.

Prinzipe der öffentlichen Strafe konstatieren; aber wir kennen jene sozialen Kräfte nicht, welche diesen Übergang bewerkstelligt haben, und können nur vermuten, dafs religiöse Vorstellungen mit im Spiele waren.[9]) Den Gegensatz zwischen einst und jetzt hebt Demosthenes[10]) treffend hervor. Wenn der Kläger den Beklagten des Mordes überführt, sagt er, *οὐδ᾽ οὕτω κύριος γίγνεται τοῦ ἁλόντος, ἀλλ᾽ ἐκείνου μὲν οἱ νόμοι κύριοι κολάσαι καὶ οἷς προστέτακται.*[11])

Nichts selbstverständlicher, als dafs der Bruch mit den Sätzen des alten Rechtes kein vollständiger, die Durchführung des Systemes der staatlichen, im öffentlichen Interesse verhängten Strafe keine konsequente ist. Das athenische Recht ist völlig durchsetzt von Bestimmungen, die sich nur als Reste des alten Racherechtes verstehen lassen.

So waren — während im allgemeinen jeder athenische Bürger eine *γραφή* anstellen konnte — die Mordklagen (*φονικαί*) den *Verwandten* des Getöteten reserviert.[12]) Sie hatten das Recht, beim Vollzuge der Todesstrafe anwesend zu sein[13]); ja, bei einem *φόνος ἀκούσιος* bestimmten sie teilweise die Dauer des Exiles, dem sie jederzeit durch Versöhnung (*αἴδεσις*) ein Ende machen konnten.

Staatlich anerkannt ist die Rache noch in gewissen Fällen der handhaften That. So bei dem wahrhaft internationalen Falle der Ertappung des die Hausehre schändenden Beischläfers[14]); wahrscheinlich auch an dem fur nocturnus[15]). Daneben bringt die handhafte That auch prozessualische Nachteile mit sich.[16])

Die charakteristische Form der *Talion* findet sich nur vereinzelt in älterer Zeit.[17]) Ihr Gedächtnis wäre vielleicht ganz verblafst, hätten

9) Der citierte Vortrag Cauers verfolgt die Tendenz, den Übergang von der Rache zum Gerichtsverfahren auf die persönliche Initiative Drakons zurückzuführen (vgl. S. 118); eine Hypothese, die nicht unmöglich, aber jedenfalls nicht hinreichend bescheinigt ist.

10) Rede gegen Aristokrates, p. 642, § 69; daselbst p. 642—645 unsere Hauptquelle für das Recht der Mordklagen. Kürzer in Aristoteles *πολιτεία Ἀθηναίων,* 57, 3 ff.

11) Vgl. Thonissen 76 f.

12) S. Philippi 68; Herrlich 5 f.; Cauer 108 ff.

13) Demosthenes gegen Aristokrates p. 642, § 69. Vgl. Herrlich 15.

14) Anders läfst sich die Kasuistik nicht zusammenfassen. Das Gesetz bei Demosthenes gegen Aristokr. S. 637, § 54 sagt hierüber: *ἐάν τις ἀποκτείνῃ . . . ἐπὶ δάμαρτι ἢ ἐπὶ μητρὶ ἢ ἐπ᾽ ἀδελφῇ ἢ ἐπὶ θυγατρὶ ἢ ἐπὶ παλλακῇ, ἣν ἂν ἐπ᾽ ἐλευθέροις παισὶν ἔχῃ, τούτων ἕνεκα μὴ φεύγειν κτείναντα.* Zur Textkritik dieses Gesetzes vgl. Philippi S. 348 ff.

15) Demosthenes gegen Timokrates S. 736, § 113. — Plato, leg. IX, 874 B. Vgl. Philippi 57.

16) Die *ἀπαγωγή*. Vgl. Philippi 102 ff. Komposition war in Athen nur noch bei Ehebruch gestattet, galt aber auch dort als unanständig. Philippi 4.

17) In den alten Gesetzgebungen des Zaleukus (Lokri) und des Charondas (Katana) — vielleicht auch in der solonischen. Das Anwendungsgebiet sind die Körperverletzungen. Vgl. Welcker, letzte Gründe 412; Thonissen 36 f., 260; Günther, Wiederver-

nicht die Pythagoräer sie für ihr System passend gefunden und „das alte Recht des Rhadamanthys“, jenes „*εἴ κε πάθοι τά κ' ἔρεξε, δίκη κ' ἰθεῖα γένοιτο*“ zu neuen theoretischen Ehren gebracht. In der That schickte es sich trefflich zu ihren sonstigen mathematischen Liebhabereien und war vielleicht mitwirkend bei der Bildung ihres Gerechtigkeitsbegriffes, des „*ἀντιπεπονθός τε καὶ ἴσον*“.[18]) Praktische Bedeutung besafs die Talion im späteren athenischen Recht nicht mehr.

Eine weitere, höchst bezeichnende Spur des Racherechtes finden wir in dem Verfahren gegen *ἄψυχα*. Wir haben gesehen, dafs die Rache oft sich wider das schädigende Tier, ja wider eine tote Sache richtet. Zweifellos ein Nachklang dieser Auffassung ist es, wenn das Gericht am Prytaneion über Steine, Balken und Tiere, die einen Menschen getötet hatten, die Strafe des *ὑπερορίζειν* ausspricht; in konsequenter Fortführung der Personifikation wird das *ἄψυχον* ungefähr wie ein Mensch behandelt, der unabsichtlich getötet hat.[19])

Dem geschilderten Gesamtzustande entspricht durchaus wieder die Regelung der Schuldfrage. Zwischen der homerischen Zeit und den ersten Gesetzgebungen hatte sich die sakrale Reaktion gegen den Mord ausgebildet.[20]) An dem Totschläger haftet eine Befleckung (*μύσος, μίασμα*), die wie eine ansteckende Krankheit alles ergreift, was mit ihm in Berührung kommt; er mufs das Land meiden, das er mit Blut befleckt hat, wo die Seele des Verstorbenen zürnend umgeht.[21]) In der Fremde soll er Reinigung suchen, um vielleicht nach einiger Zeit, wenn das vergossene Blut verraucht, der Flecken verblafst ist, wieder in die Heimat zurückkehren zu dürfen.[22])

---

geltung I, 85 ff.; Leist, alt-arisches jus gentium 426 f. (der letztere geht etwas zu weit, wenn er jede Äufserung des Wiedervergeltungsgedankens zur Talion zählt).

18) Aristoteles, Eth. Nic. V, 8. Vgl. Zeller, die Philosophie der Griechen I, 1 S. 389 f.

19) Demosthenes gegen Aristokr. p. 645, § 76; Aristoteles, *Ἀθηναίων πολιτεία* 47, 4. Vgl. Hermann, Rechtsaltert. 43 f.; Philippi 16 ff.; Gilbert, Staatsaltert. I, 430; v. Amira, Tierstrafen 32 ff.; Leist, gräco-ital. R.-G. nimmt an, „dafs dabei *zumeist* (!) vorausgesetzt wurde, dafs ein Mensch den tötenden Stein, das Holz u. s. w. geworfen habe; aber man kennt ihn nicht und will ihn nicht kennen.“ Vgl. Brunnenmeister, Tötungsverbr. im altröm. R. 133; Cauer 109.

20) Vgl. Eichhoff 14 f; Cauer 116 f.

21) Plato, leg. IX, p. 865, 871; Schmidt, Ethik I, 116 ff.

22) S. Schömann, Altertümer 343 f.; Philippi, Areopag 125; Herrlich l. c. 5; Leist, alt-arisches j. gentium 425 f. Die Reinigungen verfolgen einen doppelten Zweck: die Seele des Ermordeten zu *versöhnen* (hilastische Gebräuche) und den von Blut befleckten Mörder selbst zu *reinigen* (kathartische Gebräuche). Zum ersteren Zwecke dienen häufig *Widder*, die als Stellvertreter des Mörders dem Zeus geopfert werden; zum Zwecke der Reinigung läfst man das Blut von Ferkeln auf die befleckte Hand spritzen. Müller, Eumeniden 138, 144 ff.; Schömann, Altert. 347 f.

In historischer Zeit[23]) nun hat sich diese sakrale Reinigung *in Athen* zu einem *Privilegium des unvorsätzlichen Totschlages* entwickelt.[24]) Sie ist gleichsam ein Surrogat der öffentlichen Strafe; die Gottheit erklärt sich für befriedigt — die menschliche Gesellschaft mag ohne Scheu wieder mit dem Thäter verkehren.

Die Erscheinung weist mit zwingender Analogie auf die Parallele in anderen Entwicklungen hin.[25]) Das Sakralrecht wirkt im Sinne des Fortschrittes, indem es den schuldlosen Thäter bei Gewährung der sakralen Gnadenmittel bevorzugt oder ausschliefslich zu ihnen zuläfst.[26])

Die Anregung des Sakralrechtes ist für das weltliche Recht Athens fruchtbar geworden; es regelt das Verschulden im allgemeinen von dem Gesichtspunkte des öffentlichen Interesses aus, ohne jedoch alle Konsequenzen desselben zu ziehen; sowie die Rache selbst, so ist auch ihr Recht noch in deutlichen Spuren wahrnehmbar, die uns in der hochentwickelten Kultur der griechischen Metropole fremd genug anmuten. Das beste Paradigma bieten natürlich wieder die Tötungsdelikte.[27])

Als schwerster Fall der Tötung galt der *φόνος ἑκούσιος, φόνος ἐκ προνοίας,* die absichtliche[28]) Tötung. Der *ἑκὼν* tötende empfängt sein Recht vor dem ältesten und ehrwürdigsten der athenischen Gerichtshöfe, dem Areopag; die Strafe ist der Tod, verbunden mit Güterkonfiskation (letzteres zweifelhaft). Noch nach der ersten Rede in der Hauptverhandlung hat der Angeklagte das Recht, sich dem Urteil durch selbstgewählte Verbannung zu entziehen. In diesem Falle werden seine Güter konfisziert, er selbst darf niemals wiederkehren (*φεύγει ἀειφυγίαν*).[29])

Der *φόνος ἀκούσιος* schlechthin wurde viel milder behandelt, war

23) In den *mythischen* Beispielen ist diese Unterscheidung nicht ersichtlich; dem bittenden Flüchtling wird die Reinigung gewährt, bevor man noch die näheren Umstände des Falles kennt. Müller, Eumeniden 136.

24) Vgl. Müller l. c. 136 ff.; Philippi 5 ff., 61; bes. Schömann, Altertümer 338, 341 ff.

25) Alt-indisches und römisches, alt-jüdisches Recht.

26) Philippi l. c. 5 ff. sieht hier einen heilsamen Einflufs des delphischen Orakels. — Apollo galt als besondere Autorität in Blutschuldangelegenheiten, wie sich auch aus Äschylos' Eumeniden ergibt. Die Vermutung Philippis wird bestätigt durch Plato, leg. IX, 865 B, wo wir erfahren, dafs die völlige Straflosigkeit gewisser unten zu erwähnender Thatbestände (Tötung *ἐν ἄθλοις ἄκων, ἐν πολέμῳ ἀγνοήσας*) auf delphisches Recht zurückzuführen ist (*κατὰ τὸν ἐκ Δελφῶν κομισθέντα περὶ τούτων νόμον*). Herrlich 21.

27) Die Gesetze über den Totschlag sind das einzige, was Solon aus der drakonischen Gesetzgebung bestehen liefs. Vgl. Philippi im Anhang; Thonissen 58 ff.; Cauer 108; Busolt l. c. 142. Zu den folgenden Ausführungen sind im allgemeinen zu vergleichen Philippi 23 ff., 109 ff.; Thonissen 240 ff.; Kohler, Shakespeare 154 f.; Gilbert l. c. 424 ff. Über die sakrale Färbung des Mordverfahrens vgl. Gilbert eod.

28) Dafür, dafs *πρόνοια* = Tötungsabsicht, vgl. Philippi 24 ff.; Herrlich 11.

29) Vgl. Philippi 96; Cauer 113.

aber durchaus noch nicht straflos. Der ἄκων tötende gehört vor das Palladiongericht; der Spruch lautet auf zeitweilige Verbannung (ἀπενιαυτισμός), deren äuſserste Dauer — ein Jahr? — sich nicht mehr genau feststellen läſst. Die Verwandten des Opfers konnten, wie erwähnt, jederzeit durch αἴδεσις der Verbannung ein Ende machen.[30])

Die in der Verbannung lebenden — einerlei ob Mörder oder Totschläger — haben sich von Kampfspielen und amphiktyonischen Festen ferne zu halten; m. a. W. sie sollen ihren beleidigten Landsleuten thunlichst ausweichen. Halten sie sich daran, so dürfen sie bei einem *zufälligen* Zusammentreffen in der Fremde nicht getötet werden; der Rächer würde sich da selbst des Mordes schuldig machen.[31])

Daneben gibt es aber auch schon Fälle des unvorsätzlichen Totschlages, in welchen der Thäter von jeder Verantwortung losgezählt wird. Und zwar zeigt sich auch hier, wie im germanischen Rechte[32]), daſs der Fortschritt sich leicht bei solchen Fällen herausbildet, in denen das Ungefähr einen *typischen* Charakter hat, sodaſs jedermann es förmlich mit Händen greifen kann.

Als solche Ungefährstypen sind uns drei Fälle überliefert. Jemand tötet *ohne es zu wollen* in einem der volkstümlichen Kampfspiele seinen Gegner. Oder er tötet im Kriege einen Genossen, den er für einen Feind hält, was bei dem Mangel an Uniformen sehr leicht zustoſsen konnte.[33]) Schlieſslich der Arzt, der *ohne es zu wollen* jemanden zu Tode kuriert.[34])

---

30) Dazu war aber Einstimmigkeit erforderlich. Philippi 136 ff. Ob in diesem Falle Wergeld zulässig war? s. Cauer 115. Die Thaten von *Kindern* und *Wahnsinnigen* scheinen nach Analogie des φόνος ἀκούσιος behandelt worden zu sein. Plato, leg. IX, 864 D, E; Herrlich 8.

31) Müller, Eumeniden 128; Philippi 130, 135 f.; Gilbert 433 f.

32) S. o. § 2 zu Note 24.

33) Vgl. das bereits citierte Gesetz bei Demosthenes gegen Aristokrates p. 637: ἐάν τις ἀποκτείνῃ ἐν ἄθλοις ἄκων . . . ἢ ἐν πολέμῳ ἀγνοήσας . . . τούτων ἕνεκα μὴ φεύγειν κτείναντα. Vgl. Aristoteles, Ἀθηναίων πολιτεία 57. Plato, leg. IX, 865, A, B. Plato führt, wie bereits erwähnt, diese Sätze auf eine *delphische* Rechtsweisung zurück. Vgl. Philippi 55 ff.; Gilbert 428 f. Die Kontroverse, ob die beiden Fälle unter φόνος δίκαιος gehören (so Philippi, weil sie völlig straflos sind) oder Spezialfälle des φόνος ἀκούσιος bilden (Herrlich S. 20, Brunnenmeister, Tötungsverbrechen 133, A. 4) ist für uns unerheblich. Wenn Plato sie unter den letzteren Gesichtspunkt bringt, so hat er damit sicherlich zum mindesten die *ratio legis* richtig getroffen; das genügt für unsere Zwecke. — Der zweite Fall ist bemerkenswert durch die richtige Behandlung des *Irrtums*. Wie unsicher die Athener auf diesem Gebiete der Schuldlehre noch waren, beweist der Vorgang, welcher der Rede des Antiphon wider die Stiefmutter zu Grunde liegt. Dieselbe hatte ihrem Gatten durch eine Frau Gift reichen lassen, das die letztere für einen Liebestrank hielt. Die Reicherin wurde trotz ihrer (nicht bezweifelten) bona fides zum Tode geführt! An unserem Urteile über die Verständnislosigkeit der attischen Richter kann der Streit, ob es sich um Besonderheiten des Deliktes der Giftmischung handelt, oder ob jene Frau

In allen diesen Fällen tritt *völlige Straflosigkeit* ein.[35])

Das Recht Athens teilt also mit dem altjüdischen Rechte eine Art von Verbannung bei schuldloser Tötung; für die dargestellten typischen Fälle ist es bereits weiter vorgeschritten. Aber der wesentlichste Unterschied besteht darin, dafs in der athenischen Periode die Privatrache nicht mehr geduldet wird, während sie bei den Juden noch fast uneingeschränkt Schuldigen wie Unschuldigen droht.

---

## Anhang. Erfolghaftung im griechischen Rechte.

Die im Texte vertretene Ansicht, dafs es für das griechische Recht der Heroenzeit nur auf den Erfolg angekommen sei, ist die herrschende. Vgl. Müller, Eumeniden, 129; v. Nägelsbach, Homer. Theol. 267; Philippi, Areopag, 4, 12; Eichhoff l. c. 8; Thonissen l. c. 41. A. 1, 42. A. 2; Kohler, Shakespeare 152 f.; Herrlich l. c. 5; Brunnenmeister, Tödtungsverbrechen im altröm. R. 131 ff.; Günther, Wiedervergeltung, I. 82; Gilbert, Staatsaltertümer, I. 425; Lipsius, Bedeutung, 20 f.

Eine Ausnahme bildet nur Leist. (Vgl. § 1, Anhang V). Ihm genügt die Thatsache, dafs man den Unterschied von ἄκων und ἑκών bereits kannte, zu der kühnen Behauptung, dafs diese Unterscheidung (die er ganz als eine arische bezeichnet), für die Beurteilung der Delikte *entscheidend* gewesen sei (vgl. noch gräco-ital. R.-G. 394, Anm. i). Es macht ihn auch nicht irre, dafs sich *in der Behandlung beider Fälle nicht der geringste Unterschied nachweisen läfst.* Angesichts dieses Umstandes können wir aber der Hervorhebung jener subjektiven Unterschiede höchstens die Bedeutung beimessen, dafs das sittliche Empfinden *Unbeteiligter* dem alt eingewurzelten Gebrauche vorangegangen war.

Anderseits nimmt Leist den φόνος ἀκούσιος auch für die Tötung in *der Verblendung des Affektes* (ἄτη) in Anspruch (vgl. gräco-ital. Rechtsgesch., 324 ff., 351 ff., 368 ff.). Die im Affekte begangene Tötung, an sich ja gewollt, werde behandelt wie eine nicht gewollte. Als „Belege" dieser angeblich gräco-italischen Auffassung fungieren hauptsächlich Stellen aus Ciceros rhetorischen Schriften; dabei übersieht Leist (wie Brunnenmeister hervorhebt — vgl. auch Köstlin, Mord u. Todtschlag, 195 ff.), dafs Cicero selbst in einer der citierten Stellen (Orat. part. 43) sagt: „nam quae motu animi ac perturbatione facta sine ratione sunt, ea *defensionem contra crimen in legitimis judiciis non habent, in liberis disceptationibus habere possunt.* Neben den „freien" ciceronianischen Stilübungen mufs p. 368 f. für die Behauptung, dafs das spätere römische Recht impetus und rixa als *fortuiti casus* behandelt habe, das Marcianische dictum in der l. 1 § 3, D. ad l. Cornel. de sic. 48, 8 herhalten: „*leniendam* poenam eius qui

---

so schlecht fuhr, weil sie eine Fremde war (vgl. Philippi 38, 51 f.), wenig ändern. Über die Theorie des Aristoteles s. u. § 5, Anhang VI a. E.

34) Plato, leg. IX, 865 B mit Antiphon, Tetral. 3, γ, § 5. Vgl. Philippi 58, Herrlich 20 f.

35) Es mag noch bemerkt werden, dafs auch die Tötung in der *Notwehr* (als φόνος δίκαιος) straflos war. Vgl. Philippi 56 f.

in rixa casu *magis* quam voluntate homicidium admisit“, wobei das „magis“ als nicht vorhanden betrachtet wird. Über die Behandlung des impetus im römischen Rechte s. u.

Leist beruft sich für seine Ansicht auch auf griechische Quellen, so zunächst auf das oben mitgeteilte homerische Fragment (Il. 23, V. 85 ff.). Homer zerlege das Beispiel genau in seine kriminalistischen Elemente. „1.) Die Ursache der Tötung ist der χόλος, in welchen der Thäter durch den beim Würfelspiel entstandenen Streit geraten war. 2.) Durch diesen Zorn war er bethört, ein νήπιος, worden, d. h. die Ate hatte sich seiner bemeistert. 3.) In dieser Ate hatte er gethan, was nur ein aus dem Affekt erzeugter Entschlufs hervorgerufen hat, was er aber bei ruhigem Sinne nicht wollte (!) (οὐκ ἐθέλων) d. h. der φόνος war ein ἀκούσιος.“ Nun wird man aber das νήπιος der Stelle nur dann mit „bethört“ übersetzen, wenn man von Leists Auffassung bereits völlig überzeugt ist; der unbefangene Leser wird darin nur eine Wiederholung des τυτθὸν ἐόντα, also die Grundbedeutung von νήπιος = Kind, unmündig, erblicken. Und in das οὐκ ἐθέλων Homers einen so komplizierten Gedankengang hineinzugeheimnissen, ist geradezu offene Gewalt. Die schlichteste Auslegung entspricht am besten den Intentionen des Dichters, der *entschuldigende Momente häuft*, um die Lichtgestalt des Patrokles möglichst vorwurfsfrei zu erhalten: er verübte den Totschlag als Kind, im Zorne, ohne Tötungsabsicht.

Noch gewaltsamer verfährt Leist auf S. 352 mit dem im Texte oben citierten athenischen Gesetze, wonach straflos bleibt, wer den Gegner ἐν ἄθλοις ἄκων getötet hat. Demosthenes l. c. gibt als ratio des Gesetzes an, es habe dabei die *Absicht* des Thäters, nicht den Erfolg berücksichtigt: τίς τὸ συμβὰν ἐσκέψατο, ἀλλὰ τὴν τοῦ δεδρακότος διάνοιαν. ἔστι δὲ αὕτη οὐ; ζῶντα νικῆσαι καὶ οὐκ ἀποκτεῖναι. Dies nebst dem klaren Wortlaut hindert Leist nicht zu behaupten, dafs die Stelle auf *vorsätzliche* Tötung in der Hitze des Kampfes gemünzt sei. „Kann er aber in der Kampfesaufregung nur durch den Tod des Gegners den Sieg erlangen, .... so *will* er freilich seinem Widerpart das Leben nehmen, aber gestützt auf den *Selbsterhaltungstrieb (?)* der ihm sagt, dafs er nur durch den Tod des Gegners zum Siege gelangen könne.“ —

Richtig an Leists Ausführungen ist, dafs Griechen und spätere Römer im Affekte einen *Milderungsgrund* erblicken, der, auf die Innerlichkeit des Thäters zurückgreifend, immerhin mit Absichtslosigkeit in Parallele gezogen werden konnte, nicht aber damit identifiziert wurde. Plato stellt (leg. IX p. 866 D — 868 A) die Tötung im Affekte *zwischen* φόνος ἑκούσιος und ἀκούσιος; es läfst sich nicht feststellen, wie weit er dabei der Rechtsüberzeugung seiner Zeit folgt und wie weit er von seiner Seelenlehre, in welcher der θυμός und die ἐπιθυμία eine so grofse Rolle spielen, beeinflufst wird. (Herrlich, p. 12 f.; Philippi, 114 ff.; Lipsius, Bedeutung, 20 f.). Dabei warnt Plato ausdrücklich vor der Leist'schen Gleichstellung: „ὁ δὲ ἀταμιεύτως ταῖς ὀργαῖς καὶ ἐκ τοῦ παραχρῆμα εὐθὺς χρώμενος ἀπροβουλεύτως ὅμοιος μὲν ἀκουσίῳ, ἔστι δὲ οὐδ' οὗτος αὖ παντάπασιν ἀκούσιος ἀλλ' εἰκὼν ἀκουσίου.“ (Die Stelle kann sehr wohl das Vorbild des Marcianischen „in rixa casu *magis* quam voluntate“ gewesen sein, wie sich Marcian auch in seiner falschen Einteilung: delinquitur autem aut proposito, aut impetu, aut casu an Plato anzuschliefsen scheint, s. u. § 5 zu Note 69). Vgl. noch Müller, Eumeniden, 129, 136; Köstlin, Mord u. Totschlag, 191 f.; Cauer, 115.

## § 5.

# Römisches Recht.

### Litteratur.

Abegg, De antiquissimo Romanorum jure criminali. 1823. — Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft. 1830. Bernhöft, Staat und Recht der römischen Königszeit. 1882. Binding, Culpose Verbrechen im gemeinen römischen Rechte? 2 Programme. Leipzig 1877. Bonhöffer, Die Ethik des Stoikers Epictet. 1894. Brunnenmeister, Das Tödtungsverbrechen im altrömischen Recht. 1887. Burckhardt, C. Chr., Sinn und Umfang der Gleichstellung von dolus und culpa lata im römischen Recht. 1885. Danz, Lehrb. d. Geschichte des römischen Rechts. 2. Aufl. 1871, 1873. Dirksen, Civilistische Abhandlungen. I. 1820. Dollmann, Die Entwendung nach den Quellen des gemeinen Rechts. Kempten 1834. Hasse, Die Culpa des römischen Rechts. 2. Ausg. 1838. Hepp, Versuche über einzelne Lehren der Strafrechtswissenschaft. Heidelberg 1827. Heusler, Andreas, De ratione in puniendis delictis culpa commissis apud Romanos servata. Tübinger Diss. 1826. Ihering, Geist des röm. Rechts. 4. Aufl. 1878 ff. — Das Schuldmoment im römischen Privatrecht. 1867. Köstlin, Die Lehre vom Mord und Todtschlag. I. 1838. Kuntze, Cursus des röm. Rechts. 2. Aufl. 1879. v. Löhr, Die Theorie der Culpa. Giefsen 1806. — Beyträge zu der Theorie der Culpa. Giefsen u. Darmstadt 1808. Marquardt, Römische Staatsverwaltung. Bd. III. 2. Aufl. (Herausg. Wissowa) 1885. (In Marquardt und Mommsen, Handb. d röm. Alterthümer.) Mommsen, Friedr., Beiträge zum Obligationenrecht. III. 1855. — Erörterungen aus dem Obligationenrecht. II. 1879. Mommsen, Th., Römische Geschichte. 8. Aufl. 1888. — Römisches Staatsrecht. II, 1. 2. Aufl. 1877. (In Marquardt u. Mommsen, Handb. d. röm. Alterthümer.) Osenbrüggen, Das altrömische Paricidium. (S.-A. a. d. „Kieler philologischen Studien.) Kiel 1841. Padeletti, Lehrbuch der römischen Rechtsgeschichte (übers. von Holtzendorff). 1879. Pernice, Marcus Antistius Labeo. Bd. II. 1878. Platner, Quaestiones de jure criminum Romano. 1842. Raspe, Das Verbrechen der Calumnia nach römischem Rechte. 1872. Rein, Das Criminalrecht der Römer. 1844. Rudorff, Röm. Rechtsgeschichte. I. 1857. II. 1859. Sanio, Observationum ad legem Corneliam de sicariis particula prior. (Königberger Diss. 1827.) — De notionibus ac praeceptis quibusdam iuris criminalis Romanorum etc. Königsberger Programm 1853. Schulin, Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts. 1889. Seeger, Abhandlungen aus dem Strafrechte. I. 1858. — Der Versuch der Verbrechen nach römischem Recht. (Tübinger Gratulationsschrift für Wächter.) 1879. Tichelaar, Begrip en toepassing der culpa lata in het Romeinsche recht. Utrechter Diss. 1885. Ullmann, Em., Ueber den Dolus beim Diebstahl. 1870. Voigt, M., Ueber den Bedeutungswechsel gewisser die Zurechnung und den ökonomischen Erfolg einer That bezeichnender technischer lateinischer Ausdrücke. (Abh. d. kgl. sächsischen Ges. der Wissenschaften. XVI. 1874. p. 1 ff.) — Ueber die leges regiae eod. XVII. (1876.) — Die XII Tafeln. 1883. Wächter, C. G., De crimine incendii. 1833. Ziegler, Geschichte der Ethik. I. 1886. Zumpt, Das Criminalrecht der röm. Republik. 1865 ff.

---

Die älteren Quellen sind zumeist citiert nach Bruns, fontes juris Romani antiqui, ed. VI (Mommsen-Gradenwitz) 1893; Schoell, Legis duodecim tabularum reliquiae. 1866; Huschke, Jurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt, ed. IV. 1886; das Corpus juris nach Mommsen und Krüger.

„Paucis vero admodum juris romani antiquissimi fontibus superstitibus . . . . . . . . ad ipsam rerum naturam, *aliarumque gentium in pari culturae gradu degentium jura recurrendum erit*, ut ex iis lux affulgeat Romani juris reliquis."
Heusler, De ratione, p. 10, im Anschlusse an Abegg, De antiquissimo Rom. j. crim. p. 26 f.

Das Römervolk tritt in einem merkwürdig vorgeschrittenen Kulturstadium an das Licht der Geschichte. Der Staat ist mit fast moderner Strammheit organisiert.[1]) Die kräftig entwickelte Staatsgewalt hat begonnen die Durchsetzung des Rechtes in ihre Hand zu nehmen. Sie trifft den Übelthäter mit einer *öffentlichen Strafe.*

Trotzdem können wir mit Sicherheit annehmen, dafs auch in Rom der Periode des Rechtes eine Zeit der Rache vorangegangen sei. Darauf weisen nicht nur vereinzelte sagenhafte Fälle[2]), sondern noch viel deutlicher die im älteren Rechte der Stadt zahlreich erhaltenen Reste des alten Racherechtes.[3])

Wir können sogar über die Zeit des Überganges eine Vermutung wagen. Brunnenmeister hat in seinem Buche: „Das Tötungsverbrechen im altrömischen Recht" über die Entstehung der bekannten lex Numae folgende Hypothese zum mindesten annehmbar gemacht: Vor diesem Gesetze habe die nach Geschlechtern organisierte Bevölkerung auf Tötungen inter gentes durch Blutrache reagiert; Tötungen *innerhalb* der gens seien als parricidium[4]) behandelt und mit *Strafe* belegt worden. Die lex Numae habe nun bestimmt, dafs fortab jede dolose Tötung eines Gaugenossen wie ein Parricidium angesehen, also mit öffentlicher Strafe verfolgt werden solle; erst dadurch sei die Blutrache

1) Mommsen, Röm. Gesch. I. 146.

2) Verwandte des Tatius hatten laurentinische Gesandte ermordet; die Angehörigen der letzteren verlangten von Tatius Genugthuung, die dieser jedoch verweigerte; darauf nahmen sie eine günstige Gelegenheit wahr und erschlugen den Tatius. Romulus sprach sie frei, weil Mord mit Mord gesühnt sei. Plutarch, Romulus 23, 24; Livius I, 14. Vgl. Mommsen, Röm. Gesch. I, 147. — Über die Auslieferung des Remus an Numitor, s. Dirksen, Abh. I, 101 f. Dafs man noch in weit vorgeschrittener Zeit verzeihendes Verständnis für Rachehandlungen hatte, beweisen die Anekdoten bei Valerius Maximus VIII, 1, 3, 1 u. 2 (benützt von Gellius, Noctes Atticae. XII, 7.)

3) Vgl. Dirksen, Abh. l. c.; Abegg, Unters. 123 ff.; Köstlin, Mord und Totschlag 21 ff., 29; Rein, 37 f.; du Boys, Histoire . . . . . des peuples anciens 260 ff.; Ihering, Geist I, 118 ff.; Geib, Lehrb. I, 10 ff.; Bernhöft, Staat und Recht, 208 ff.; v. Bar, Hdb. I, 4, 8 f.; Günther, Wiedervergeltung I, 111 ff.

4) Dabei acceptiert B. die Fröhde'sche Ableitung des Wortes von dem Stamme des griechischen πηός verschwägert; verwandt. Dafür auch Schrader, Sprachvergleichung und Urgeschichte 579. Man kann jedoch der weiteren Argumentation Brunnenmeisters folgen, ohne diese Etymologie für unumstöfslich zu halten, sofern man nur annimmt, dafs der erste Stamm unseres Kompositums irgend ein Verwandtschaftsverhältnis bezeichnet. Und das ist wohl im höchsten Grade wahrscheinlich. — Ueber die sakralen Gesichtspunkte beim parricidium s. u.

verdrängt worden.[5]) Darnach wäre also anzunehmen, dafs die Verdrängung der Blutrache durch die öffentliche Strafe in die Königszeit fällt. Eine Annahme, die um so plausibler ist, als das ältere römische Strafrecht noch sehr deutliche Spuren dieses Uberganges aufweist.

Eine solche Spur ist vor allem in den Fällen gesetzlich gestatteter Rache bei Ergreifung des Verbrechers *auf frischer That* zu erblicken. In diesem Punkte stimmt das römische Recht völlig mit den anderen, aus dem Racherecht erwachsenen Systemen überein. Die beiden Hauptfälle sind auch hier Ergreifung im Ehebruch und Ergreifung beim Diebstahl.

Das Racherecht des beleidigten Gatten wider die im Ehebruch Ertappten — Gattin und Ehebrecher — war noch gegen Ende der Republik gesetzlich anerkannt. Gellius, N. A. X, 23, referiert folgende verba Marci Catonis . . . ex oratione quae inscribitur de dote: In adulterio uxorem tuam si prehendisses, sine iudicio impune necares; dasselbe Recht galt auch gegen den adulter, und stand wohl auch dem Vater der Frau zu.[6]) Durch die lex Julia de adulteriis (17 a. Chr.) wurde diese Gesetzgebung beseitigt und das alte Racherecht, obwohl theoretisch fortbestehend, durch ganz ingeniöse Einschränkungen fast illusorisch gemacht; mit diesen Beschränkungen jedoch erhielt es sich fort und wurde in die justinianischen Kompilationen aufgenommen.[7])

Was zum zweiten den fur manifestus anlangt, so gilt für ihn nach den XII Tafeln folgendes Recht[8]): Der Bestohlene soll ihn unter Erhebung eines „Gerüftes“[9]) fassen; er wird durchgeprügelt und verfällt dem Verletzten als Sklave. Diese poena capitalis erscheint als Abschwächung ursprünglichen Tötungsrechtes. Dieses ursprüngliche, nur aus der Rache erklärbare Tötungsrecht ist aber noch in zwei Fällen erhalten: der fur nocturnus darf, auf der That ergriffen, schlankweg getötet werden; wer bei Tage stiehlt dann, wenn er sich *gegen die Festnahme* mit Waffengewalt wehrt.[10])

5) S. Sanio, De notionibus 3 f. — Ueber ähnliche Entwicklungen im altindischen Recht ist zu vergleichen Leist, Alt-arisches jus gentium 433 ff.

6) Die Rachegefühle des Gatten suchten ihre Befriedigung auch in anderer Weise als durch Tötung; anschauliche Schilderungen bei Horatius, Satir. I, 2, 41 ff., Plautus, Miles gloriosus V, 1 ff. u. a. m. Das Nähere über die alte Gesetzgebung ist ziemlich dunkel; vgl. Abegg, Untersuchungen 157, Anm. 92; Rein 838 ff. (die von Rein angegebenen Quellen können aber teilweise schon die lex Julia vor Augen haben.) Geib, Lehrb. I, 57.

7) Vgl. Anhang I.

8) S. insbes. Gellius, Noctes Atticae XI, 18, XX, 1, §§ 8 u. 10; Gajus III, 183 ff. Mos. et Rom. l. Collat. VII; die weiteren Quellen sind zusammengestellt bei Schoell XII tab. 144 f. und Bruns, Fontes p. 31 f.

9) Quod si repugnat, *endoplorato*, hoc est, conclamato, ut aliqui audiant et conveniant. Cicero pro Tullio 50.

10) S. Anhang II.

Einem gütlichen Ausgleich zwischen dem Dieb und dem Bestohlenen stand nichts im Wege; die zwölf Tafeln haben einen solchen Vergleich sogar ausdrücklich gestattet.[11]) Schliefslich fixiert der Prätor die Ausgleichssumme auf das quadruplum des Wertes der gestohlenen Sache.[12]) Dieses quadruplum ist ebenso wie das duplum, mit dem der fur nec manifestus schon in den XII tabb. davonkommt, nichts anderes als eine Ablösung der Rache, *eine Komposition!*[13])

Neben diesen beiden m. E. gesicherten Fällen wäre noch zu nennen das Institut der noxae datio, die mit grofser Wahrscheinlichkeit aus einer Auslieferung der schädigenden Person (des Tieres), zum Zwecke der Privatrache hergeleitet wird.[14]) Und auch in der argen Behandlung des insolventen Schuldners mag der Rachegedanke wenigstens teilweise zu erkennen sein.[15])

Unsere Behauptung, dafs mit dem Rachesystem die Haftung für den Erfolg im innigsten Zusammenhange steht[16]), bewährt sich nun auch an dem römischen Rechte. Die XII tabb. haben ganz klar einen Fall bewahrt, in welchem beides Hand in Hand geht. Sie bestimmen über das Delikt der Körperverletzung:

*Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto.* — Manu fustive si os fregit libero CCC, [si] servo CL poenam subito. Si injuriam faxsit, viginti quinque poenae sunto.[17])

Das Gesetz gestattet also *die durch das Mafsprinzip der Talion eingeschränkte Rache.*[18]) Und eine unzweifelhafte Nachricht bei Gellius bestätigt, *dafs es dabei — wie schon der Wortlaut, besonders im Gegensatze zur Fassung des Tötungsgesetzes ergibt — nur auf den Erfolg, nicht auf ein Verschulden des Verletzers ankam.*[19])

11) Dies wird allgemein angenommen auf Grund von l. 7 § 14 D. de pact. 2, 14: nam et de furto pacisci lex permittit; also ganz wie bei der gleich zu besprechenden Talion. Vgl. Dirksen, Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der XII Tafelfragmente. Leipzig 1824. p. 215. Rudorff, Rechtsg. II, 351; Padeletti, Lehrb. p. 80.

12) Über das Datum dieser Änderung s. Rudorff und Padeletti a. a. O., und zu Gellius, Noctes Att. XI, 18, 8 noch Mos. et Rom. leg. collatio VII, 3, 2.

13) Vgl. Leist, Alt-ar. jus civile 412. Über das Kompositionensystem bei Körperverletzungen s. u.

14) Vgl. Dirksen, Civilist. Abh. I, 104 f.; Köstlin, Mord u. Totschlag 33; Rein 38; Ihering, Geist I, 132.

15) Vgl. Ihering, Geist I, 125; Brunnenmeister l. c. 142. Horten, Personalexecution II. S. 13 ff.

16) Vgl. Köstlin, Mord u. Totschlag 22 f., 42 ff.; Pernice, Labeo II, 243; auch für das folgende: Schulin, Lehrb. 130, 133.

17) Die Quellen bei Schoell, 141 f.; Bruns, fontes 29.

18) „*Permittit enim lex parem vindictam*" (Festus, s. v. talio). — Der Philosoph Favorinus tadelt an der Talion die „ulciscendi acerbitas" (Gellius, Noct. Att. XX, 1, 15). — Vgl. Abegg, antiqu. j. c. 31, 40; v. Bar, Hdb. I, 8 f.

19) S. Anhang III.

Für die leichteren Fälle der Körperverletzung war man bereits zu dem System fester Taxen übergegangen, die freilich lange nicht so genau abgestuft sind, wie in den germanischen Volksrechten. Bei dem membrum ruptum ist die Ablösung sicherlich ebenfalls vom Gesetzgeber intendiert; ja man hat bezweifelt, dafs die Talion der XII tabb. jemals mehr als eine blofse Drohung gewesen sei. Allerdings ist den Parteien volle Vertragsfreiheit gelassen; aber der Thäter hatte — wenigstens in späterer Zeit — ein Mittel, sich mafslosen Forderungen des Verletzten zu entziehen: Nam si reus, qui depecisci noluerat, iudici talionem imperanti non parebat, *aestimata lite* iudex hominem *pecuniae dampnabat,* atque ita, si reo et pactio gravis et acerba talio visa fuerat, severitas legis ad pecuniae multam redibat.[20])

Da die Talion als prinzipale Folge der Verletzung lediglich vom Erfolge abhängig war, so kann natürlich für die Ablösung derselben nichts anderes gegolten haben; und ich glaube es auch als ganz sicher annehmen zu dürfen, dafs die gesetzlichen Taxen für die *leichteren* Fälle ursprünglich den gleichen Regeln unterstanden, wie ja auch die Fassung des Gesetzes keinen Unterschied wahrnehmen läfst. M. a. W.: *Die römische Komposition für Körperverletzungen mufste ohne Rücksicht auf irgend ein Verschulden bezahlt werden.* Damit wäre eine völlige Übereinstimmung des römischen mit dem — sit venia verbo — gemeinrechtlichen Kompositionensystem gegeben.[21])

Einen wesentlichen Fortschritt in der Schuldfrage bedeutete das dem Numa zugeschriebene Gesetz über die Tötung, dessen Inhalt uns zwei Stellen referieren:

Festus s. v. parricidii: *Si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, paricidas esto.*

Servius in Vergilii ecl. 4, 43. In Numae legibus cautum est, *ut si quis imprudens occidisset hominem, pro capite occisi agnatis eius in contione offerret arietem.*[22])

Diese Vorschriften scheinen ohne wesentliche Veränderung in die Zwölftafelgesetzgebung übergegangen zu sein [23]), in der die imprudentia durch

---

20) Gellius, Noct. Att. XX, 1, § 38. — Vgl. Voigt, XII tabb. II, 533 f., 665 f.

21) Vgl. Köstlin, Mord u. T. 50 f. — Es wird mit guten Gründen die Ansicht vertreten, dafs die römische Privatstrafe (poena, griech. ποινή, Sühngeld) *in ihrer ganzen Ausdehnung* als Ablösung der vindicta privata aufzufassen ist. S. Köstlin l. c. 24, 29 ff., 70 ff.; Savigny, Obligationenrecht II, 302, 307; Ihering, Geist I, 133, 137 ff.; Kuntze, Kursus 503, und besonders das im Anhang IV Ausgeführte.

22) Nach den Konjekturen von Huschke und Scaliger. Bruns, fontes 10. Vgl. Voigt, Bedeutungswechsel 49, leges regiae 609 ff., XII tabb. II, 794 A. 4; Leist, gräco-ital. R.-G. 349 f.; Brunnenmeister 115 ff, 128.

23) Vgl. Voigt, XII tabb. II, 794 f.; Schoell, XII tabb. 150 f.; Bruns, fontes 33.

den von Cicero so bewunderten Satz: *si telum manu fugit magis quam iecit* zu greifbarer Plastik herausgearbeitet war.

Wir finden in dieser alten Gesetzgebung über den Totschlag die so charakteristische *Zweiteilung* der Tötungen in *dolose* und *nicht dolose*, die das Strafrecht aller anderen Völker der gleichen Entwicklungsstufe beherrscht. Unter den nicht dolosen Fällen wird nicht weiter geschieden, sie gelten als *casus*.[24])

Den gleichen Gegensatz finden wir in der Zwölftafelbestimmung über die Brandstiftung;

Gaius, libro quarto ad legem XII tabb. (l. 9 D. h. t. 47, 9.). Qui aedes acervumve frumenti iuxta domum positum combusserit, vinctus verberatus igni necari iubetur, si modo *sciens prudensque* id commiserit. si vero *casu*, id est neglegentia, aut noxiam sarcire iubetur, aut, si minus idoneus sit, levius castigatur.

Es ist wohl anzunehmen, dafs Gaius in dieser Stelle den Wortlaut der XII Tafeln annähernd reproduziert.[25]) Die Auslegung des „casu" als neglegentia entspricht der Zeit des Gaius (vgl. l. 11 D. h. t.).

Bei der nicht dolosen Tötung erfolgt keine völlige Absolution des Thäters; „tamen huiusce rei veniam maiores non dederunt" sagt Cicero. Der Totschläger mufs zur Lösung seines Hauptes den Agnaten einen Widder stellen, der dann als Sühnopfer geschlachtet wird.[26])

---

24) So die gemeine Meinung. Vgl. Heusler l. c. 14; Köstlin, Mord u. Totschlag 43, 143 ff. (aber auch eod. 192); Rein 160; Pernice, Labeo II, 239 f.; Brunnenmeister, Tötungsverbr. 129; Günther, Wiedervergeltung I, 119 f.; Schulin, Lehrb. 133. — Dag. Zumpt, Kriminalrecht I, 1, 372 ff. und II, 2, 14, der ohne jeden Anhaltspunkt in den Quellen annimmt, dafs schon nach Zwölftafelrecht bei *kulposer* Tötung *neben dem Sühnopfer* noch eine *Strafe* ausgesetzt war. Nicht ohne Grund ist die Litteratur über diese Ansicht zur Tagesordnung übergegangen. Nur Voigt, Bedeutungswechsel 81 f., 87, leges regiae 618 f. nimmt sie mit der Modifikation auf, dafs *die Sühne selbst* nur bei kulposer Tötung angewendet werden soll. Dagegen spricht neben der Analogie, die wir aus anderen Rechten gewinnen (man denke nur an den φόνος ἀκούσιος der Griechen), *der klare Wortlaut* des Gesetzes; mir wenigstens erscheint es als ganz undenkbar, das si telum manu fugit magis quam iecit als eine Wiedergabe der Fahrlässigkeit anzusehen. Dazu kommt, dafs auch im späteren römischen Recht (wie wir sehen werden) der casus als kontradiktorischer Gegensatz des strafrechtlichen Dolusbegriffes fungierend noch immer reinen Zufall und culpa umfafst (Voigt, Bedeutungswechsel 88 f.). In seinem späteren Werke (XII Tafeln, I, 454 f.) spricht Voigt richtig von „*unvorsätzlichen*" Tötungen.

25) Vgl. Pernice, Labeo II, 241 f.; Heusler l. c. 16 ff.; Wächter, de crimine incendii 7 ff.; Voigt, Bedeutungswechsel 81 und dessen XII tabb. II, 806 ff.; Burckhardt, Sinn u. Umfang 127 f.

26) Wohl dem Janus, dessen Opfertier der Widder war; als stellvertretendes Haupt für den Thäter, wie ja überhaupt die hostia piacularis ursprünglich die Stelle eines *Menschenopfers* vertrat (s. Marquardt, Staatsverwaltung III, 185). Festus s. v. *Subigere arietem* in eodem libro (sc. in commentario XV iuris pontificii) Antistius esse ait dare arietem, *qui pro se agatur, caedatur*. Das weist uns darauf, *dafs*

Es ist nicht zu bezweifeln, dafs wir in dem Anteile der Agnaten an der Sühnungsfeierlichkeit einen freilich sehr abgeschwächten Rest ihrer ehemaligen Stellung als Bluträcher zu erblicken haben. Ihre Blutforderung ist aufrecht erhalten geblieben, aber an Stelle des Menschenblutes ist ein minder kostbares Surrogat getreten.[27])

Das Mittel der Sühnung weist uns auf das *Sakralrecht* zurück, dessen bedeutender Einflufs auf die ältesten römischen Rechtsvorstellungen ja nicht erst eines erneuten Nachweises bedarf. Besonders stark ist dieser Einflufs bei Beurteilung schwerer Verbrechen. Diese sind ebensowohl eine Verletzung der Götter als der Menschen; die Gemeinde mufs, will sie nicht des Frevels mitschuldig werden, sich von dem Übelthäter lossagen (aquae et ignis interdictio; Institut der Sacertät). Straft sie den Verbrecher, so rächt sie an ihm auch die Gottheit.[28])

Ein besonders hoher Standpunkt in der Verschuldungsfrage läfst sich nun allerdings auch dem römischen Sakralrechte nicht nachsagen. Gerade das reine Sakraldelikt kann auch ohne dolus und culpa vorkommen: aus irgend einem bösen Zeichen entnimmt man, dafs die Götter zürnen, und ist nun bemüht, den Grund ihres Zornes zu entdecken, der häufig genug eine ganz unwissentliche Verletzung, vielleicht gar nur ein Übersehen bei dem Ritual eines Opfers ist.[29])

Diese sicherlich uralte Auffassung hat jedoch in historischer Zeit

---

*die (nicht überlieferte) Strafe des parricidium der Opfertod, das deo necari war.* So Voigt, leges regiae 618 ff.; Brunnenmeister, Tötungsverbrechen 157 ff., 167 ff. Vergl. Osenbrüggen, paricidium 41 f.; Müller, Äschylos Eumeniden 144; Mommsen, Staatsr. II, 1, S. 49; Leist, gräco-ital. Rechtsg. 387. — Es bedarf kaum eines Hinweises darauf, dafs auch bei anderen Völkern die Hinrichtung des Verbrechers sakralen Charakter aufweist.

27) Vgl. Rein, 38; Ihering, Geist I, 187, Schuldmoment 11; Voigt, leges regiae 621, 624; Burckhardt l. c. 126; Brunnenmeister l. c. 125, 131, 163.

28) Vgl. Ihering, Geist I, 265 ff.; Mommsen, Staatsrecht II, 1, 47 ff.; Brunnenmeister, Tötungsverbr. 130 ff. — Eine ältere Ansicht sucht den Ursprung des römischen Strafrechts sogar ausschliefslich im Sakralrechte. Vgl. Welcker, letzte Gründe, passim, Rosshirt im N. Archiv d. Kriminalr. XI, St. 1 bes. S. 11. Gegen diese Einseitigkeit schon Abegg, De antiquissimo Romanor. j. crim. u. Köstlin, Mord u. T. 21 ff., 29, 33, 50 ff., 59: „Bestimmungen des Sakralrechtes stehen *neben* den aus dem Systeme der vindicta privata hervorgegangenen und zwischen beiden arbeitet sich sichtlich das öffentliche Strafrecht hervor.“ Rein, S. 40 f., findet diese Koexistenz zweier so heterogener Systeme wunderlich, und nimmt zur Erklärung an, das Sakralrecht sei von den frommen Etruskern, das Racherecht von Sabinern und Latinern in die römische Kultur mitgebracht worden (vgl. Köstlin S. 33). Eine an sich nicht unmögliche, aber unnötige Hypothese; fanden wir doch die gleiche Erscheinung auch bei den Griechen und Hebräern, wo die analoge Erklärung ausgeschlossen ist.

29) Vgl. Sanio, de notionibus 5 f.; Marquardt, Staatsverw. III, 179 f.; Mommsen, Staatsrecht II, 1, 50; Pernice, Labeo II, 239. S. auch Anhang V.

bereits eine wesentliche Modifikation erfahren. Man unterscheidet zwischen piaculum *prudenter* und *imprudenter* commissum; das *letztere* konnte expiiert, gesühnt werden; wer prudens gefehlt hatte, konnte sich nicht reinigen.[30])

Es ist im höchsten Grade wahrscheinlich, daſs diese sakralrechtliche Unterscheidung für die lex Numae vorbildlich gewesen ist. Auf einen innerlichen Zusammenhang deutet schon die Gleichheit der Terminologie in weltlichem und geistlichem Recht (sciens prudensve — imprudens); und daſs die Initiative von dem Sakralrecht ausging, ergibt sich daraus, daſs der vermittelnde Ausweg, den das Recht einschlägt, das Sühnopfer, sicherlich eine priesterliche Erfindung ist. Es ist vielleicht auch kein Zufall, daſs jene lex regia dem frommen Numa zugeschrieben wird, unter dessen Regierung ja die Religion den gröſsten Einfluſs erlangt haben soll. Wir sind nach alledem zur Annahme berechtigt, daſs *der erste Fortschritt des römischen Rechtes in der Schuldfrage unter dem Einflusse des Sakralrechtes* stattgefunden habe.[31])

Was die begriffliche Bestimmung des zum altrömischen parricidium erforderlichen dolus betrifft, so ist der einzige Anhaltspunkt dafür in der gesetzlichen Terminologie gegeben. Wir finden in der lex Numae sowohl wie in der gesamten älteren Jurisprudenz das Moment des *Wissens* stark in den Vordergrund gestellt; zur Bezeichnung des entscheidenden Gegensatzes dienen einerseits die Termini *sciens, sciens prudensque, sciens dolo malo,* auf der anderen Seite *imprudens, insciens, sine dolo malo.*[32]) Von einem *Wollen* des Erfolges ist ausdrücklich nirgends die Rede. Es dürfte daher nicht allzu gewagt sein anzunehmen, daſs wenigstens die schwersten Fälle *wissentlicher,* wenn auch nicht beabsichtigter Tötung („Vorsatz", „dolus eventualis") als parricidia wären angesehen worden. Genaueres läſst sich wohl nicht sagen.[33])

---

30) Vgl. Macrobius, Sat. I, 16, 10; Varro, de lingua lat. VI, 30; Cicero de leg. II, 15. — Marquardt, Staatsverwaltung III, 257 f.

31) Vgl. Sanio l. c. 5; Pernice, Labeo II, 239 f.; Brunnenmeister l. c. 125 f., 130 f.

32) S. das reiche Material bei Voigt, Bedeutungswechsel 32 ff. und dessen Ausführungen das. (insbes. S. 32, 35 ff., 45 f., 66 f.), denen ich jedoch nur teilweise folgen kann. Derselbe, XII Tafeln, I, 395. Vgl. Pernice, Labeo II, 62 ff.

33) Über Versuche einer näheren Abgrenzung (Sanio, Binding) s. Brunnenmeister l. c. 137 ff. Letzterer selbst geht von der Voraussetzung aus, „daſs der dolus malus bereits im altrömischen Strafrecht derjenige gewesen ist, der er im Zeitalter Ciceros nachweislich war." Indes ist uns auſser den alten technischen Bezeichnungen, die eher gegen diese Annahme sprechen, kaum etwas überliefert, woraus wir auf die nähere begriffliche Abgrenzung des altrömischen Dolus schlieſsen könnten; Brunnenmeisters Hypothese verliert noch an Wahrscheinlichkeit, wenn man bedenkt, daſs die beiden verglichenen Epochen, wie sofort gezeigt werden soll, gerade in der Regelung der strafrechtlichen Schuld eine so extreme Verschiedenheit zeigen, daſs ein zwischenliegender äuſserer Einfluſs wahrscheinlich ist. Brunnenmeister

Während das römische Sakralrecht, das dem weltlichen Rechte in der Schuldfrage den Weg gewiesen hatte, selbst eines weiteren Fortschrittes unfähig war, erreichte das letztere zu Beginn der Kaiserzeit eine aufserordentlich hohe Entwicklungsstufe, die den extremsten Gegensatz zu seinem Ausgangspunkte darstellt. Übergangsbildungen lassen sich nicht genauer verfolgen; denn zwischen den XII Tafeln und der gesetzgeberischen Thätigkeit Sullas liegt eine Periode voll politischer Kämpfe, die für die Fortbildung des Strafrechtes kein Interesse übrig hatte. Erst durch die leges Corneliae empfing die römische Strafrechtswissenschaft einen neuen Impuls.

Hatte das älteste Strafrecht der Stadt dem Erfolge noch eine starke Bedeutung zugemessen, so legt das neu verjüngte römische Strafrecht den ganzen Nachdruck auf die innere Seite, und zwar auf den *Willen*. Es klingt wie eine bewufste Hervorhebung des Kontrastes zwischen Einst und Jetzt, wenn Hadrian reskribiert: „*In maleficiis voluntas spectatur, non exitus*“ (l. 14 D. ad leg. Corn. de sic. 48, 8), oder wenn Paulus lehrt: „Qui hominem occiderit, aliquando absolvitur, et qui non occidit, ut homicida damnatur: *consilium enim uniuscuiusque, non factum puniendum est.* ideoque qui, cum vellet occidere, id casu aliquo perpetrare non potuit, ut homicida punitur; et is, qui casu iactu teli hominem imprudenter occiderit, absolvitur. (Sent. V, 23, 3; vgl. Mos. et Rom. leg. coll. I, 6, und l. 1 § 3 D. h. t. 48, 8.)[34])

definiert: „Dolus malus und Vorsatz sind von Haus aus grundverschiedene Begriffe. Der erstere trägt den Stempel der Unsittlichkeit und ethischen Verwerflichkeit: er ist die regelmäfsig (!) von einem gemeinen Motiv getragene, mit Bewufstsein auf eine Rechtswidrigkeit gerichtete Absicht“. Diese vermittelnde Modifikation jener Theorie, die Binding für das spätere römische Recht aufgestellt hat, giebt den ersten Teil derselben eigentlich auf; denn was nur *regelmäfsig*, nicht immer eintrifft, ist nicht Begriffsmerkmal. Brunnenmeister selbst führt (S. 138, N. 3) das Beispiel des Schwestermörders Horatius an, dessen That „von den Alten doch geradezu für ein parricidium erklärt worden ist“, also für eine dolose Tötung, ohne dafs sie jenes Merkzeichen des gemeinen Motives getragen hätte; vgl. Berner, Imputation 265 f. Dafs dolose Verbrechen *regelmäfsig* aus verwerflichen Motiven begangen werden, trifft auch heute noch zu, ohne dafs wir diesen Umstand auf unsern Dolus*begriff* übertragen dürften. Was das Bewufstsein der Rechtswidrigkeit betrifft, so wird es in den einfachen Verhältnissen der alten Zeit nicht leicht gemangelt haben. Für die Behauptung, dafs es damals wesentliches Begriffsmerkmal des dolus gewesen sei, ist mir kein historischer Beleg bekannt. Diese Bedenken werden ergänzt durch den Umstand, dafs das spätere römische Recht, aus dem diese beiden Merkmale auf die ältere Zeit zurückbezogen werden, dieselben in Wahrheit gar nicht kennt, wie in Anhang VI und VII ausgeführt werden wird. Es bleibt demnach von der Definition Brunnenmeisters nur die auf eine (objektive) Rechtswidrigeit gerichtete *Absicht*, die allerdings vom späteren römischen Recht verlangt wurde; dafs das aber ein hinreichender Grund sei, dies auch für das altrömische Recht anzunehmen, glaube ich aus den angeführten Umständen bezweifeln zu müssen.

34) Derselbe Jurist in l. 54 (53) pr. D. de furt. 47, 2: nam maleficia *voluntas et propositum* delinquentis distinguit. Vgl. Binding, Normen II, 283.

Die letztere Stelle kennzeichnet auch die beiden springenden Punkte des Gegensatzes. Einerseits wird *der nicht gewollte Erfolg in keiner Weise mehr zugerechnet.* Anderseits belegt das neuere Recht im Gegensatze zu dem altrömischen, das soweit wir wissen den *Versuch* nicht bestraft hat[35]), *den bösen Willen, der sich in einer Handlung manifestiert hat* und so für das Recht greifbar geworden ist, mit gleicher Strafe wie das vollendete Verbrechen. Es geht dabei weit über jene Grenze hinaus, die wir dem strafbaren Versuche zu ziehen gewöhnt sind. Man erinnere sich nur, dafs die lex Cornelia de sicariis mit gleicher Strafe, wie den Mörder, auch jenen bestraft, qui hominis occidendi furtive faciendi causa cum telo ambulaverit; wer mit der Waffe stehlen geht, ist bereit, von ihr Gebrauch zu machen: das genügt dem Gesetzgeber; ebenso haftet, qui hominis necandi causa venenum confecerit(!) dederit, etc.[36]) Der böse *Wille,* der in der älteren Gesetzgebung gar nicht genannt war, und höchstens als Begleiter der scientia in Betracht kam, wird durchaus in den Vordergrund gestellt; für das klassische römische Recht ist der Satz, den man irrig als Prinzip des heutigen Strafrechts aufstellt, durchaus richtig: *dort ist der Wille Träger einer jeden strafrechtlichen Verantwortlichkeit.* Darum auch erscheint die *Fahrlässigkeit* prinzipiell nicht strafbar, und wir werden sehen, dafs man sich erst spät und nur unter dem Drange unabweislicher kriminalpolitischer Erwägungen entschlossen hat, auch wider das nicht gewollte Unrecht wenigstens ausnahmsweise mit Strafe einzuschreiten; und das ist um so auffallender, als den Römern der Fahrlässigkeitsbegriff aus dem Privatrechte geläufig war.

*Dieser völlige Wandel der Auffassung ist eine der wichtigsten Thatsachen der Weltgeschichte;* er brachte die römische Jurisprudenz auf eine Höhe, die den kommenden, in die Nacht mittelalterlicher Barbarei versunkenen Jahrhunderten ein leuchtendes Beispiel werden sollte.

Wie ist dieser Wandel zu erklären, auf welche Kräfte ist er zurückzuführen? Diese ebenso bedeutsame als bisher arg vernachlässigte Frage heischt dringend nach Antwort.

Da ist zunächst zu bedenken, dafs es der in Rom besonders kräftig ausgebildeten Staatsgewalt frühzeitig gelungen war, das Rache- und Fehdewesen in die engsten Schranken zu bannen; dazu mag es nicht wenig beigetragen haben, dafs gleichsam als Sicherheitsventil für die

---

35) Das entspricht durchaus dem objektiven Standpunkte des Racherechtes. Vgl. Luden, Abhandl. I, 57 ff.; Köstlin, Mord und Totschlag 42 ff., 87 ff.; Pernice, Labeo II, 40. — Dieser objektive Standpunkt ist festgehalten auf dem Gebiete der Privatpönalklagen, was (mit Rücksicht auf das im Anhang IV Ausgeführte) sehr bezeichnend ist. Vgl. Seeger, Versuch nach röm. R. 41 f.

36) Vgl. Sanio, ad leg. Corn. 72 ff.; Luden, l. c. 72 ff.; Köstlin, l. c. 112 ff., 123 ff., 222; Geib, Lehrb. I, 38, 80; Pernice, l. c. 40 ff.; Seeger, Versuch nach röm. R. 6 ff., 49 f.; v. Bar, Handb. I, 15.

durch das Privatinteresse erregten Leidenschaften das System der Privatpönalklagen diente; und gerade diese haben ja die alten Anschauungen am längsten konserviert.[37]) Dagegen ward das störende Element der vindicta privata aus dem Gebiete der peinlichen Rechtspflege entfernt und hier der Gesichtspunkt des *öffentlichen Interesses* in den Vordergrund gestellt.

Soweit dürfen wir wohl noch eine nationalrömische Entwicklung annehmen. Auf den Einflufs der griechischen Philosophie, insbesondere des Plato und Aristoteles ist es jedoch zurückzuführen, wenn römische Schriftsteller, wie Cicero und Seneca sich bemühen, das Wesen jenes öffentlichen Interesses theoretisch festzustellen. Im Anschlusse an ihre Vorbilder stellen sie die *Strafzwecke* in erste Linie, während die Vergeltungsidee in jeder Form zurückgedrängt wird. In treffender Kürze fafst Seneca, de clementia I, 22 seine Ansicht zusammen: Transeamus ad alienas iniurias, in quibus vindicandis haec tria lex secuta est, quae princeps quoque sequi debet: aut ut *eum, quem punit, emendet,* aut ut poena eius *ceteros meliores reddat,* aut ut *sublatis malis securiores ceteri vivant.* Diese Gedanken fanden auch bei den Fachjuristen Eingang.[38])

*Mit der Feststellung des öffentlichen Interesses an der Strafe war der Boden geschaffen, auf dem das Schuldprinzip sich ungehindert entwickeln konnte.* Und das würde zur Erklärung eines allmählichen Entwicklungsprozesses, der den veränderten Aufgaben des Strafrechts Rechnung trägt, völlig ausreichen. Aber die Thatsachen entsprechen diesem Bilde nicht. Die neuen Sätze über das kriminelle Verschulden erscheinen weder formell noch inhaltlich als solche Zugeständnisse; sie treten vielmehr als *selbständige ethische Postulate* auf, die einerseits über die Bedürfnisse einer öffentlichen Strafrechtspflege wenigstens nach unserem Ermessen weit hinausgehen (Lehre vom Versuch), anderseits diesen Bedürfnissen theoretische Bedenken entgegensetzen (Straflosigkeit des ungewollten Deliktes). *Hier mufs ein gründlicher Wandel in der Bewertung menschlicher Handlungen vorausgegangen sein; und dieser Wandel ist auf den Einflufs der griechischen Ethiker zurückzuführen.*

Dieser Gedanke liegt nicht eben ferne; ist es doch eine bekannte Thatsache, dafs die griechische Philosophie, insbesondere durch Vermittlung der Stoa, in Rom Eingang gefunden hat und zu einem wichtigen Ferment des geistigen Lebens geworden ist; auch ihr Einflufs auf die römische Rechtswissenschaft tritt immer deutlicher hervor. Im folgenden soll die so aufserordentlich wichtige Beziehung zwischen griechischer

37) S. oben Anm. 35, und unten Anhang IV.

38) Vgl. Heinze, bei v. Holtzendorff, Hdb. I, 244 ff.; Laistner, Recht in d. Strafe 11 ff; v. Bar, Hdb. I, 204 ff.; Bonhöffer, Ethik d. Epictet, 103 f.

Ethik und römischer Kriminaljurisprudenz in ein helleres Licht gebracht werden.

Es erscheint uns heute fast als selbstverständlich, dafs der Anfang jeder Vertiefung in ethische Probleme darin besteht, die Innerlichkeit des Menschen von der Aufsenwelt zu sondern. So erscheinen schon bei den Pythagoräern durchwegs Eigenschaften der Seele als Tugenden.[39]) Demokritos scheint der erste gewesen zu sein, der das Hauptgewicht auf den *Willen* legte. Von ihm sind uns zwei Aussprüche erhalten, welche gerade eine strafrechtlich interessante Seite der Frage, den Versuch, im Auge zu haben scheinen: fr. 109: *Ἀγαθὸν οὐ τὸ μὴ ἀδικέειν, ἀλλὰ τὸ μηδὲ ἐθέλειν.* fr. 110: *Ἐχθρὸς οὐκ ὁ ἀδικέων, ἀλλὰ καὶ ὁ βουλόμενος.*[40]) Eine vollkommene Ausbildung fand die Schuldlehre jedoch erst in der Ethik des Aristoteles.

Aristoteles geht davon aus, dafs die ethische Tugend eine bestimmte Beschaffenheit unseres Innern, eine *ἕξις*, sei[41]); und zwar handelt es sich um eine Willensthätigkeit. Der Wille jedoch kann als Grundlage ethischer Werturteile nur angesehen werden, soferne er frei ist. Aristoteles ist der erste, der den Indeterminismus als Voraussetzung jeder ethischen Beurteilung menschlicher Handlungen postuliert.[42])

Der Wille, welcher die ethisch relevanten Handlungen charakterisiert, wird in den ersten acht Kapiteln des dritten Buches der Nikomachischen Ethik zunächst einer allgemeinen Erörterung unterzogen. Wer über die Tugend nachdenke, müsse vor allem das Gewollte (*τὸ ἑκούσιον*) von dem Ungewollten (*τὸ ἀκούσιον*) scheiden; *und dies sei auch erspriefslich für den Gesetzgeber bei der Zuteilung von Ehren und Strafen: τὸ ἑκούσιον καὶ τὸ ἀκούσιον ἀναγκαῖον ἴσως διορίσαι τοῖς περὶ ἀρετῆς ἐπισκοποῦσιν, χρήσιμον δὲ καὶ τοῖς νομοθετοῦσι πρός τε τὰς τιμὰς καὶ τὰς κολάσεις.*

Diese Scheidung wird nun in ebenso eingehender als scharfsinniger Weise durchgeführt; insbesondere wird der Einflufs von physischer Gewalt und Drohung einerseits, von Irrtum anderseits treffend gewürdigt, und entschieden, dafs der Affekt das Wollen nicht ausschliefst.[43])

Indes erscheinen Affekthandlungen (*τὰ ἐκ θυμοῦ;* vgl. eod. V, 10, 1135 b, Z. 26.) doch nicht gleichwertig den mit überlegtem Vorsatz (*προαίρεσις*) vorgenommenen; vielmehr liegt gerade in dieser *προαίρεσις* das innerste Wesen der Tugend: *οἰκειότατον εἶναι δοκεῖ τῇ ἀρετῇ καὶ μᾶλλον τὰ ἤθη κρίνειν τῶν πράξεων* (l. c. III, 4, i. Anf.);

39) S. Zeller, Philosophie der Griechen I, 1, 462.

40) Ed. Mulach, die erste Stelle nach Stobaeus, florileg. IX, 31, die zweite nach Democrat. Orell. n. 55. Vgl. Schmidt, Ethik der alten Griechen I, 163.

41) S. Zeller II, 2, 624.

42) S. Zeller, l. c. 586 ff.; Ziegler, Gesch. d. Ethik I, 229 f.

43) Wir werden sehen, dafs auch diese Detailausführungen mit dem klassischen römischen Rechte übereinstimmen.

*τῷ γὰρ προαιρεῖσθαι τἀγαθὰ ἢ τὰ κακὰ ποιοί τινές ἐσμεν* (eod. 1112 a, Z. 1). Die *προαίρεσις* wird definiert als der auf Grund vorhergehender innerer Beratung zu stande gekommene Wille: *τὸ προβεβουλευμένον; ἡ γὰρ προαίρεσις μετὰ λόγου καὶ διανοίας* (eod. 1112 a, Z. 15); *τὸ γὰρ ἐκ τῆς βουλῆς προκριθὲν προαιρετόν ἐστιν* (eod. 1113 a, Z. 4.); ausgeschlossen sind plötzliche Handlungen (*τὰ ἐξαίφνης*), desgleichen die Handlungen *ἐκ θυμοῦ,* Handlungen dessen, der sich nicht beherrschen kann (*ὁ ἀκρατής*).[44])

Aristoteles unterläſst es nicht, diese allgemein ausgeführten Sätze bei der Besprechung der einzelnen Tugenden zur Anwendung zu bringen; am ausführlichsten geschieht dies in Bezug auf die Tugend der Gerechtigkeit (V, 10, 1135 a, Z. 16 ff.). *Was nicht gewollt ist, das ist weder gerecht noch ungerecht, sondern Zufall: ὄντων δὲ τῶν δικαίων καὶ ἀδίκων τῶν εἰρημένων, ἀδικεῖ μὲν καὶ δικαιοπραγεῖ ὅταν ἑκὼν τις αὐτὰ πράττῃ· ὅταν δ᾽ ἄκων, οὔτ᾽ ἀδικεῖ οὔτε δικαιοπραγεῖ ἀλλ᾽ ἢ κατὰ συμβεβηκός· οἷς γὰρ συμβέβηκεν δικαίοις εἶναι ἢ ἀδίκοις, πράττουσιν.* Was über die Abgrenzung des *ἀκούσιον* und *ἑκούσιον* früher ausgeführt worden, wird hier zusammenfassend wiederholt. Ebenso wird die *προαίρεσις* herangezogen. Auf Grund dieser Momente teilt der Philosoph die Schädigungen der Gesellschaft (*βλάβη ἐν ταῖς κοινωνίαις*) in drei Gruppen ein; in die erste gehören *τὰ μετ᾽ ἀγνοίας ἁμαρτήματα;* innerhalb dieser Gruppe der imprudentia unterscheidet er wieder zwei Fälle: *ὅταν μὲν οὖν παραλόγως ἡ βλάβη γένηται, ἀτύχημα, ὅταν δὲ μὴ παραλόγως, ἄνευ δὲ κακίας, ἁμάρτημα* (*ἁμαρτάνει μὲν γὰρ ὅταν ἡ ἀρχὴ ἐν αὐτῷ ᾖ τῆς ἀγνοίας* [wenn der Grund der Unwissenheit in ihm selbst liegt], *ἀτυχεῖ δ᾽ ὅταν ἔξωθεν*). Das *ἀτύχημα* entspricht wörtlich der römischen fortuna, das *ἁμάρτημα* so ziemlich der culpa in der engeren Bedeutung der Fahrlässigkeit; dieser letztere Begriff wird nicht weiter ausgeführt. In die zweite Hauptgruppe gehören die Handlungen, die zwar mit Willen[45]) aber nicht mit vorberatenem Willen unternommen werden: *οἷον ὅσα τε διὰ θυμὸν καὶ ἄλλα πάθη.* Hier liegt bereits ein *ἀδίκημα* vor; was diese Gruppe von der folgenden — Handlungen mit *προαίρεσις* — unterscheidet, wird so bestimmt: *ταῦτα γὰρ βλάπτοντες καὶ ἁμαρτάνοντες ἀδικοῦσι μέν, καὶ ἀδικήματα ἔστιν, οὐ μέντοι πω ἄδικοι διὰ ταῦτα οὐδὲ πονηροί· οὐ γὰρ διὰ μοχθηρίαν ἡ βλάβη· ὅταν δ᾽ ἐκ προαιρέσεως, ἄδικος καὶ μοχθηρός.* Beim Affekt also ist die Handlung selbst zwar ein Verbrechen, aber der Thäter ist kein Verbrecher, kein durch und durch Verdorbener; er unterlag einer menschlichen Schwäche (*ὅσα ἀναγκαῖα ἢ φυσικὰ συμβαίνει τοῖς ἀνθρώποις*); seine That ist nicht das Ergebnis einer „ständig auf das Schlechte ge-

44) Vgl. Zeller, l. c. II, 2, 590 ff.

45) Stellvertretend für das *ἑκών* erscheint hier das Adverb *εἰδώς*, sciens, wohl infolge des Gegensatzes zu dem vorhergehenden *μετ᾽ ἀγνοίας*.

richteten Willensbeschaffenheit", wie man im Gegensatze zu dem Aristotelischen Tugendbegriff[46]) das Laster zu definieren hat.

So hat der grofse Stagirite jene ewigen Wahrheiten, die er bei seinen Landsleuten dürftig erkannt vorgefunden hatte, entwickelt und in sein System der Ethik verarbeitet; zwei Thätigkeiten von höchst ungleichem Wert! Vielleicht hat die Systematisierung mehr Schweifs gekostet, vielleicht war die Erkenntnis, dafs für die sittliche Beurteilung alles auf die Gesinnung, nichts auf den Erfolg ankomme, die Eingebung eines glücklichen Augenblicks; aber die grofse Wirkung knüpfte sich lediglich an die klare Formulierung jener Wahrheit, die auch losgelöst vom Systeme nichts von ihrer eindringlichen Kraft verlor: sie wurde zum unverlierbaren Besitztume der griechischen Denker.

So wird die Aristotelische Lehre auch von der *Stoa* übernommen[47]): die Gesinnung ist es, welche die Tugend zur Tugend, den Fehler zum Fehler macht; *der Wille, welchem die Mittel zur Ausführung fehlen, ist so viel wert, wie die That.*[48]) Es ist für uns am interessantesten, diesen Gedanken in Aussprüchen römischer Autoren zu verfolgen. Der Eklektiker Cicero berichtet (Acad. poster. I, 10, 38) von Zeno, dieser habe gelehrt: nec virtutis usum modo .. sed ipsum habitum per se esse praeclarum. Derselbe stellt (Parad. III, 1) den Satz auf: nec enim peccata rerum eventu, sed vitiis hominum metienda sunt. Nach Seneca, de beneficiis I, 5, 2 kommt es bei Beurteilung einer Wohlthat nur auf die ipsa tribuentis voluntas an; eod. 6, 1: Itaque non quid fiat aut quid detur refert, sed qua mente, quia beneficium non in eo quod fit aut datur consistit, sed in ipso aut dantis aut facientis animo (eine Variation über das Thema bei Aristoteles, Nicom. Eth. IV, 2, 1120b, Z. 7ff: *οὐ γὰρ ἐν τῷ πλήθει τῶν διδομένων τὸ ἐλευθέριον* [die Freigebigkeit], *ἀλλ᾽ ἐν τῇ τοῦ διδόντος ἕξει*); vgl. eod. I, 6, 3f. In demselben Werke (VI, 11, 3) sagt er in Anknüpfung an die Parabel des Kleanthes von den zwei Sklaven, deren einer jemanden, den er holen sollte, trotz eifrigen Suchens nicht findet, während der andere, gleichfalls zum Suchen ausgesendet, müfsig durch die Strafsen streicht und dem Gesuchten zufällig begegnet: voluntas est, quae apud nos ponit officium.

---

46) „Die vollendete Sittlichkeit ist aber nur da, wo die Freiheit selbst zur Natur geworden ist. Die Tugend ist bleibende Willensbeschaffenheit, durch freie Thätigkeit erworbene Gewöhnung; ... das eigentliche Wesen der Tugend, diese bestimmte Willensrichtung, kann nur durch fortgesetzte Thätigkeit zu stande kommen, durch welche das, was zuerst Sache des freien Entschlusses war, *zu einer unabänderlichen Bestimmtheit des Charakters* wird". Zeller II, 2, 630 f.

47) Dabei leugnet die Stoa, wenigstens in ihrer älteren griechischen Zeit, die Willensfreiheit, also die Grundlage des Aristotelischen Systems. Vgl. Zeller III, 1, 157 ff.

48) So Zeller III, 1, 244 f.; Ziegler, Geschichte der Ethik I, 216.

Überhaupt war es besonders der römische Zweig der Stoa, der unausgesetzt die Konzentration auf das Innere und eine an Weltflucht streifende Verachtung jeder Aufserlichkeit predigte; dieses System erfordert selbstverständlich ganz besonders für die Ethik eine stetige Betonung der Innerlichkeit, des Willens. Wir finden in diesem Punkte den trefflichen Epiktet in wörtlicher Übereinstimmung mit Aristoteles: „ποῦ τὸ ἀγαθόν; ἐν προαιρέσει· ποῦ τὸ κακόν; ἐν προαιρέσει· ποῦ τὸ οὐδέτερον; ἐν τοῖς ἀπροαιρέτοις."[49])

Das ist ungefähr jener Stand, den die Philosophie zur Zeit der Renaissance des römischen Strafrechtes einnahm; in diesen Anschauungen wuchsen die Gebildeten der Nation auf. Die Lehren der Ethik wurden vorbildlich für das Strafrecht, das sie mit wenigen Modifikationen übernahm.[50])

Die wichtigste dieser Änderungen besteht darin, dafs im römischen Strafrechte, wie auch bereits bei Cicero und Seneca, nicht das der προαίρεσις entsprechende propositum, sondern die voluntas die Hauptrolle spielte. Indes hatte ja schon Aristoteles erklärt, dafs bei Begehung mit dem einfachen, nicht vorberatenen Willen bereits ein ἀδίκημα vorliege. Im grofsen und ganzen ist die Schuldlehre des römischen Strafrechts nur eine vorzüglich gelungene Übertragung der ethischen Grundsätze des Aristoteles in das Juristische.

Der mächtige Einflufs griechischer Bildung war es also, der die radikale Wandlung römischer Rechtsanschauung in Bezug auf die Schuldlehre bewirkt hat; und das gleiche gilt zweifellos auch von den Ansichten über den Versuch.[51]) Es ist durchaus im Geiste des Stoicismus, wenn z. B. Seneca, de const. 7 erklärt: Potest aliquis nocens fieri, quamvis non nocuerit. Si quis cum uxore sua tamquam aliena concumbat, adulter erit, quamvis illa adultera non sit. Aliquis mihi venenum dedit, sed vim suam remixtum cibo perdidit: venenum illud dando scelere se obligavit, etiamsi non nocuit. Non minus latro est, cuius telum opposita veste elusum est. Omnia scelera etiam ante effectum operis, quantum culpae satis est, perfecta sunt. Man hat oft auf die Ähnlichkeit der stoischen und der christlichen Ethik verwiesen. In der That ist es nur ein kleiner Schritt weiter, der von der citierten

---

49) Arrianus, dissertat. II, 16, 1; so viele andere Stellen: vgl. Grosch, die Sittenlehre des Epiktet, Progr. d. Gymn. zu Wernigerode 1867, p. 12; Bonhöffer die Ethik des Epiktet 7, Anm. 2; p. 20, Anm. 13; p. 161 f.

50) Im vorstehenden wurden nur die Grundzüge dargestellt; doch stimmen auch die Ausführungen oft in überraschender Weise, wie die Folge zeigen wird.

51) Auf diesen Punkt weist Pernice, Labeo II, 43 hin; vgl. Seeger, Versuch 13 f. — Schulin, Lehrb. 144, nimmt ebenfalls einen Einflufs aristotelischer Lehren auf die Schuldlehre des römischen Strafrechtes an, jedoch unter Heranziehung ganz anderer Stellen, denen ich weniger Bedeutung beimessen möchte.

Stelle zur Bergpredigt führt: „Wer ein Weib ansiehet, ihrer zu begehren, der hat schon mit ihr die Ehe gebrochen in seinem Herzen.“ Allerdings ist es ein Schritt über die Grenze des praktisch Durchführbaren.

---

Indem wir nunmehr zur näheren Untersuchung der Schuldformen des klassischen römischen Strafrechtes vorschreiten, ist zunächst die Frage zu erledigen, ob der Dolusbegriff aus dem gesamten römischen Rechte zu entnehmen ist, oder ob zwischen dem Dolus des Strafrechtes und dem des Verkehrsrechtes ein solcher Unterschied besteht, dafs der erstere gesondert behandelt werden mufs.[52]) Es mag nun dahingestellt bleiben, ob die Römer sich eines solchen Unterschiedes bewufst waren; aber vorhanden ist er gewesen, bedingt durch die Verschiedenheit der Aufgaben, welche die beiden Rechtszweige sich stellen. Das Privatrecht verfolgt das Ziel, die Formen des redlichen Geschäftsverkehres zu schützen; es wendet sich gegen jede Verletzung dieser Formen durch calliditas, fallacia, machinatio, gegen jeden Mifsbrauch der korrekten Form als Deckmantel unlauterer Gesinnung. Man versuche die Definition Labeo's: „dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam“[53]) auf irgend ein Delikt (mit Ausnahme des Stellionates), etwa auf eine Tötung oder Körperverletzung anzuwenden, und wird trotz der äufserst vagen Fassung zu keinem Resultate kommen. Es kann zugegeben werden, dafs das Wort dolus in seiner Anwendung auf beiden Gebieten manches Gemeinsame hat, so die Beziehung auf die Gesinnung des Menschen, ein vom ethischen Standpunkte dieselben Verwerfendes, mit einer stark hervorgehobenen Betonung dieses ethischen

---

52) Für die Einheitlichkeit des Dolusbegriffes insbes. Binding, Normen II, 272 u. ff. — Dagegen Hasse, Culpa 73 f.; Rein 150; und bes. Pernice, Labeo II, 60, Anm. 1, 74 ff., 378. Letzterer unterscheidet den „dolus malus bei Verbrechen als die unsittliche Absicht eines rechtswidrigen Erfolges“ und den „dolus der actio doli und des Verkehrsrechtes als hinterlistige Veranstaltung zum Nachteile eines anderen“. — Dernburg, Pandekten I (4. Aufl.) § 86, p. 201 findet *beides* auf dem Gebiete des Civilrechts gegeben: „Dolus hat eine engere und eine weitere Bedeutung. Im engeren Sinne ist er *Betrug*, Rechtsverletzung durch arglistige Täuschung, im weiteren *jede bösliche Rechtsverletzung*, geschehe sie durch Täuschung oder durch widerrechtliche Handlungen anderer Art.“ — Noch schärfer scheidet den dolus als Betrug und den dolus als rechtswidrigen Vorsatz Regelsberger, Pandekten I, 535 f., 647 f. Vgl. u. Anm. 55.

53) L. 1 § 2 D. h. t. 4, 2. Vgl. Binding l. c. 277, 290 ff., 297 ff.

Standpunktes.[54]) Aber gerade in der Ausgestaltung dieses zerfliefsenden Begriffes zeigen sich so tiefgehende Unterschiede, dafs wir gut thun, die Untersuchungsgebiete zu sondern.[55])

Auch auf dem Gebiete des Strafrechtes findet sich der dolus einerseits in einer ebenso weiten als unsicher abgegrenzten Bedeutung; daneben jedoch auch in der engeren, durchaus scharf umrissenen technischen Bedeutung der *Absicht*.

Die Unklarheit des *weiteren* strafrechtlichen Dolusbegriffes ermöglichte es den römischen Juristen, ihn zur Konstruktion von Fällen zu verwenden, in welchen sie um einen Strafausschliefsungsgrund verlegen waren.[56]) So wird die Straflosigkeit des *Wahnsinnigen* und *jugendlicher Personen* damit motiviert, dafs dieselben des dolus nicht fähig seien.

Ulpian in l. 3. § 1. D. de sepulchro violato 47, 12. Prima verba ostendunt, eum demum ex hoc plecti, qui dolo malo violavit. si igitur dolus absit, cessabit edictum. *personae igitur doli non capaces*, ut admodum impuberes, item omnes, qui non animo violandi accedunt, excusati sunt.[57])

In dieser Stelle tritt sogar der dolus zu dem animus violandi in einen gewissen Gegensatz.

Gaius, Inst. III. 208. Plerisque placet, *quia furtum ex adfectu consistit*, ita demum obligari eo crimine impuberem, si proximus pubertati sit, *et ob id intellegat se delinquere*.[58])

---

54) S. Hasse, Culpa 74. Heusler l. c. 31 f. Binding l. c. 272, 298, 342; Pernice, Labeo II, 69 f. Brunnenmeister l. c. 139. Über Binding's Versuch, dieses Moment als Begriffsmerkmal des römischen dolus malus zu präzisieren s. u. Anhang VII. — Burckhardt, Sinn u. Umfang 4, findet das Gemeinsame des Dolusbegriffes in dem positiven Wollen eines widerrechtlichen Erfolges, gibt aber zu, dafs derselbe sich, je nachdem wo er auftritt, modifiziert. Vgl. Köstlin, Mord u. Totschlag 141.

55) Binding selbst ist genötigt, zwei Dolusbegriffe zu unterscheiden: einen engeren ursprünglichen, keineswegs ganz überwundenen, wonach er die heimliche, auf Unrecht ausgehende List bezeichnet; er ermöglicht, vis und dolus einander entgegenzusetzen; einen weiteren, der besonders auch im römischen Strafrecht der klassischen Zeit schon durchaus überwiegt, wo der Dolus als Willensseite zugleich des listigen Anschlags und der vis erscheint (p. 276). — Dag. s. Pernice l. c. und das historische Bedenken Brunnenmeisters, Tötungsverbr. 138.

56) Vgl. Voigt, Bedeutungswechsel 61; Pernice, Labeo II, 11 ff. 20, 50, 51 f. — Der „böse Vorsatz" des österreichischen Str.-G. bleibt an Vagheit nicht weit hinter dem römischen dolus zurück; vgl. bes. § 2.

57) Vgl. l. 23 § 2 D. de aedil. ed. 21, 2; l. 5 § 2 D. ad leg. Aqu. 9, 2. Beide Stellen (Ulpian) setzen den infans und den furiosus gleich. Anders wieder Modestinus in l. 12 D. ad leg. Cornel. de sic. 48, 8. Infans vel furiosus si hominem occident, lege Cornelia non tenentur, cum alterum *innocentia consilii* tuetur, alterum *fati infelicitas* excusat. — Das eine ist so präzise, wie das andere.

58) § 18 (20) Inst. de obl. q. ex del. nasc. 4, 1. Wohl der älteste Vorläufer des „discernement" des code pénal. Vgl. l. 111, pr. D. de reg. iur. 50, 17; l. 5 D. ad l. Aquil. 9, 2; l. 23 § 2 D. de aed. ed. 21, 1; u. a. m. — Vgl. aber auch die Verwendung

Die gleiche Konstruktion wird (neben anderen) verwendet, um die Straflosigkeit von Handlungen, zu denen der Thäter *berechtigt* war, zu begründen.

Gaius in l. 55 D. de reg. iur. Nullus videtur *dolo* facere, qui suo iure utitur.

Ulpian in l. 3 § 2 D. de homine libero exhibendo, 43, 29. Is tamen, qui in potestate habet, hoc interdicto non tenebitur, quia *dolo malo* non videtur habere, qui suo iure utitur.

Ebenso mufs der dolus zur Begründung der Sätze über *Zwang und Notstand* herhalten.

Ulpian in l. 16 § 1 D. de liberali causa 40, 12. Si tamen *vi metuque* compulsus fuit hic qui distractus est, dicemus eum dolo carere. Vgl. l. 3 § 7 D. de incend. 47, 9.[59])

Schliefslich mufs zugegeben werden, dafs in einem *vereinzelten* Falle Ulpian die bekannte Ausnahme, die für gewisse Personen von der allgemeinen Regel „error iuris nocet“ gemacht wird, aus dem Gesichtspunkte des dolus konstruiert. Es handelt sich um das Verbot des sc. Silanianum, das Testament eines ermordeten Erblassers zu eröffnen, bevor die zur familia gehörigen Sklaven der quaestio unterzogen und die Schuldigen bestraft worden seien.

Et si *sciens, non tamen dolo* aperuit, aeque non tenebitur, si forte per *imperitiam* vel per *rusticitatem ignarus edicti praetoris vel senatus consulti* aperuit. (l. 3 § 22 D. h. t. 29, 5.)

Die scienta umfafst nach dem Vorhergehenden den Thatbestand, der dolus erscheint also dem Juristen gerade durch die ignorantia iuris ausgeschlossen. Aber diese Konstruktion ist auf das Spezialkonto Ulpian's zu setzen, für den die ganze Stelle wenig ehrenvoll ist.[60])

---

des unbestimmteren Wortes *malitia* in l. 3 C. si minor se maiorem dixerit 2, 42 (43) („cum malitia suppleat aetatem“).

59) Auch das entspricht der Lehre des Aristoteles; in der Eth. Nic. III, 1 wird ausgeführt, dafs dasjenige nicht als ἑκούσιον gelten könne, was durch βία und φόβος entstanden sei; für den letzteren Fall zweifelt der Philosoph; die Handlung erscheine eher als eine gewollte; denn immerhin sei der Impuls zur Körperbewegung von dem Thäter ausgegangen; allein niemand würde dergleichen Handlungen an sich wählen (vergl. Paulus in l. 21, § 5 D. quod metus causa, 4, 2: quamvis si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui); so seien denn solche Handlungen im ganzen betrachtet unfreiwillige: ἑκούσια δὴ τὰ τοιαῦτα, ἁπλῶς δὲ ἴσως ἀκούσια. Bei Aristoteles hängt diese Konstruktion wohl mit der indeterministischen Schuldtheorie zusammen: der durch Drohung beeinflufste Wille ist nicht jener freie Wille, den der Philosoph als Basis der sittlichen Verantwortung ansieht.

60) Die Fortsetzung derselben lautet: Si quis tabulas quidem *non aperuit* naturaliter, linum autem inciderit, excusatus erit, *quia dolo caret*, qui ipsas tabulas non aperuit (folgen weitere Fragen betreffend den Umfang des Begriffes „Testaments-Apertur“). — Das Schubfach „Mangel des Dolus“ war einmal geöffnet, nun konnte ja auch dieser Fall hineingepackt werden!

Mangelndes Bewufstsein der Rechtswidrigkeit wurde im römischen Rechte im allgemeinen nicht als ein Umstand aufgefafst, der den dolus ausschlofs.[61])

Bei Ulpian erscheint uns der Ausdruck dolus bereits in so vager und unbestimmter Bedeutung, wie die malitia zweier verwandten Stellen, deren Verfasser das Wort dolus doch noch absichtlich zu vermeiden scheinen.

Scaevola in l. 37. D. de excusationibus 27, 1. Qui testamento tutor datus fuerat, adito praetore dixit se tres liberos habere, adiecit praeterea habenti patruum se vitiose tutorem datum. praetor ita decrevit: „si legitimum tutorem habenti tutor datus es, non est tibi necessaria excusatio". quaero, cum nemo patruus impuberi tutor esset, an nihilo minus tutor remansit. respondi secundum ea quae proponerentur, quamvis iustas excusationis causas haberet, non tamen esse excusatum propter vitium pronuntiationis. Item quaero, si adquievisset sententiae, an ob id, quod non gessit tutelam, utilis actio in hunc dari debeat. respondi, si *errore potius* (quod se pro iure trium liberorum, quod allegabat, excusatum crederet) *quam malitia* ab administratione cessasset, utilem actionem non dandam.

Der tutor testamentarius ist also nicht in Funktion getreten, weil er das vitium pronuntiationis nicht bemerkt hat: er glaubte sich auf Grund des von ihm in erster Reihe allegierten ius trium liberorum befreit. Diese irrige Auslegung der prätorischen pronuntiatio[62]) kommt einem thatsächlichen Irrtum schon sehr nahe; trotzdem vermeidet Scaevola den Ausdruck *„dolus"* und verwendet das weit unbestimmter klingende Wort *„malitia"*. Das gleiche sehen wir in einem Reskripte des Kaisers Severus Alexander, das insofern noch interessanter ist, als es einen strafrechtlichen Fall behandelt.

Quod adhibitus ad testamentum commilitonis scribendum iussu eius servum tibi adscripsisti, pro non scripto habetur, et ideo id legatum petere non potes. sed secutus tenorem *indulgentiae* meae poenam legis Corneliae tibi remitto, in quam credo te *magis errore quam malitia* incidisse (l. 5. Cod. de his qui sibi adscribunt 9, 23.)

Aus besonderer Gnade[63]) erläfst der Kaiser die Strafe, die auf

61) Nur der Irrtum über ein Thatbestandsmoment hatte diese Wirkung. Über diese Frage vgl. Anhang VI; daselbst am Ende die Theorie des Aristoteles.

62) Also kein direkter Rechtsirrtum, wie Binding, Normen II, 331 annimmt. Der Mann hatte nicht blofs ein *„vermeintliches* Recht, sich der Führung der tutela entziehen zu dürfen" — der Jurist erkennt vielmehr ausdrücklich an, dafs er justas excusationis causas gehabt habe. Der Irrtum besteht darin, dafs er glaubte, durch das Dekret von der Führung der Tutel, zu der er nicht verpflichtet war, *enthoben zu sein*, was bei schärferem Zusehen nicht der Fall war.

63) Nicht, wie Binding, Normen II, 319 meint, „im Sinne des materiellen Rechtes", sondern wider ein Edikt des Claudius (l. 15 pr. D. de lege Cornelia de

Übertretung des sc. Silanianum gesetzt ist; die Begründung ist die gleiche, wie im vorigen Falle.[64])

Das Resultat läfst sich dahin zusammenfassen, dafs das Wort „dolus" im römischen Sprachgebrauche neben der engeren technischen Bedeutung „Absicht" eine sehr weite, nicht genau zu präzisierende Bedeutung gehabt habe. Die Unbestimmtheit der letzteren hat die römische Jurisprudenz, welche sich um Abstraktionen wenig kümmerte, nicht besonders beeinträchtigt; weit erheblicher war der Schade, den die spätere Doktrin bis auf unsere Tage herab aus jenen theoretischen Mängeln zog; sind ihr doch auch die Irrtümer der römischen Juristen lange genug ein unantastbares Heiligtum gewesen.[65])

Der engere, juristisch-technische Dolusbegriff des klassischen römischen Strafrechtes ist eben so einfach, als präzis; er beruht auf dem bereits angegebenen Grundgedanken, dafs der Wille Träger der rechtlichen (wie der sittlichen) Verantwortung ist. *Wer genau jenen Thatbestand, den das Gesetz mit Strafe bedroht, verwirklichen will, bei dem ist dolus vorhanden.* Die Quellen gebrauchen zur Umschreibung des dolus malus Wendungen mit *voluntas, animus* (occidendi, furti faciendi), *consilium, consulto, data opera, sponte, proposito,* ferner Finalsätze: „quive falsum testimonium dolo malo dixerit, *quo* quis publico iudicio rei capitalis damnaretur"; „vulneravit, *ut* occidat"; „hominis necandi *causa*" (s. l. 1 D. h. t. 48, 8); daneben auch die älteren Termini *sciens, sciens prudensque, sciens, dolo malo,* wobei sie von der Voraussetzung ausgehen, dafs, wer den Thatbestand wissentlich setzt, ihn auch gewollt habe.[66]) Es ist der dolus directus der älteren Doktrin, in unserer

falsis 48, 10) als ein aus der kaiserlichen indulgentia fliefsendes beneficium (vgl. l. 2 Cod. h. t.); und derselbe Kaiser sagt noch ausdrücklich: „et legis Corneliae poena, *si venia impetrata non est, locum habet* (l. 4 eod.). — Alexander ist also nicht von der Ansicht ausgegangen, dafs der Rechtsirrtum den dolus ausschliefst, sondern hat in besonders rücksichtswürdigen Fällen *aus Billigkeitsgründen* die Strafe erlassen, Vgl. noch Binding l. c. Noten 437 u. 450; Pernice, Labeo II, p. 51, Note 50 i. f. und Anhang VI.

64) Viel vorsichtiger drückt sich Paulus in l. 9 D. de iur. et facti ignorantia, 22, 6 aus (über minores und Frauen, quibus ius ignorare permissum est): et ideo sicubi non est *delictum* sed iuris ignorantia, non laeduntur.

65) Die historische Entwicklung dieser Irrtümer kontinuierlich bis auf die Gegenwart zu verfolgen, würde wohl keinen der Mühe auch nur annähernd entsprechenden Gewinn abwerfen, und fällt insofern nicht in den Rahmen dieser Arbeit, als die letztere die Entwicklung der Ideen über das Schuldproblem selbst darstellen will, nicht auch alles das, was man irrig mit demselben in Zusammenhang gebracht hat.

66) Anders Pernice II, 67, der meint, dafs die Verbindung sciens prudensque oder auch sciens allein von den Juristen technisch für *Vorsätzlichkeit* (im Gegensatze zu Absicht) verwendet worden sei." Wie dieser technische (!) Gebrauch sich damit vereinen soll, was wenige Zeilen vorher richtig gesagt wird: „dafs die römischen Juristen jemals zu einer schärferen Begriffsbestimmung gelangt wären, dafs sie namentlich, wie die moderne Wissenschaft pflegt, zwischen Absicht und Vorsatz zu unter-

Terminologie die Absicht, ohne jede Verkünstelung, ohne weiteren Nebensinn. Gewollt ist der Erfolg, nicht blofs die kausierende Körperbewegung.

Belege für diese Sätze finden sich in allen über Strafrechtsmaterien handelnden Titeln des Corpus juris (am reichsten gelegentlich der lex Corn. de sic. D. 48, 8, C. 9, 16); ebenso finden wir fast in allen im vorliegenden Paragraphen gelegentlich abgedruckten Stellen das gleiche Thema variiert.[67]) Doch mögen hier noch zwei kaiserliche Reskripte Platz finden, die aus dem Grunde eine gewisse rechtshistorische Bedeutung haben, weil sie nach Jahrhunderten infolge einer unrichtigen Interpretation der Lehre vom dolus generalis zur Stütze gedient haben. Beide Reskripte sprechen, wie bemerkt sei, nicht von Gnade, sondern geben den Gesuchstellern tröstende *Rechts*belehrung:

1. Imperator Antoninus Augustus Aurelio Herculano et aliis militibus. Frater vester rectius fecerit, si se praesidi provinciae obtulerit; cui si probaverit, *non occidendi animo* Justam a se percussam esse, remissa homicidii poena, secundum disciplinam militarem sententiam feret. (a. 215. p. Chr.)

2. Imp. Alexander A. Aurelio Flavio et aliis militibus. Si modo pro quo libellum dedistis, *non dolo* praestitit mortem, minime perhorrescat: crimen quippe ita contrahitur, si et *voluntas occidendi* intercedat. Ceterum ea, quae ex improviso casu potius, quam fraude accidunt, fato plerumque non noxae imputantur. (a. 222. p. Chr.)[68])

Dieser Dolus ist von *allen* leges publicorum iudiciorum gefordert

---

scheiden gesucht hätten, ist aus den Quellen nicht ersichtlich" — kann ich nicht verstehen. Belege für diese Auffassung, die moderne Notbegriffe in das römische Recht hineinträgt, erbringt Pernice nicht. Richtig Heusler, de ratione 52. Vgl. aber auch Bekker, Theorie 382 ff. Über den dolus bei der calumnia s. u. Anhang VIII.

67) Die vertretene Ansicht ist heute durchaus herrschend; ernstlicher Widerspruch ist mir nicht bekannt. Bestritten ist nur die Frage, ob der römische Dolusbegriff nicht überdies noch einschränkende Merkmale enthält. Der Austragung dieses Streites sind die Anhänge VI und VII gewidmet. Zur Rechtfertigung dieser beiden Exkurse sei bemerkt, dafs ich nicht glaubte, die dort behandelten Fragen gründlicher und überzeugender lösen zu können, als dies sich durch das kontradiktorische Verfahren ergibt; dafs anderseits die von Binding mit grofser Eindringlichkeit und dem ganzen ihm zur Verfügung stehenden Apparate verteidigten, wie ich glaube irrigen Ansichten nicht anders als durch sorgfältigste Wiedergabe und Kritik widerlegt werden können. Über die Modifikation, mit der Brunnenmeister die Ansicht Bindings acceptiert hat, s. o. Anm. 33.

68) Mos. et Rom. leg. collatio I, 8 und 9, vgl. eod. 6, 7, 10 ff. Die beiden angeführten Reskripte wurden in l. 1, C. h. t. 9, 16 in eins verschmolzen; aus stilistischen Rücksichten (um den animus occidendi nicht zu wiederholen) erhielt die allgemeine Sentenz des zweiten dabei die Fassung: crimen enim contrahitur, si et *voluntas nocendi* intercedat. Das hat genügt, um diese Stelle als „Beleg" dafür zu citieren, dafs das römische Recht einen „generellen", auf Schadenstiftung schlechthin gerichteten Dolus dem animus occidendi gleichstelle! —

worden; wenigstens ist uns nicht bekannt, dafs auch nur eine davon abgesehen hätte.[69]) Man kann demnach sagen, *dafs dem späteren römischen Rechte der verbrecherische Wille als die Basis der kriminellen Verantwortung erschienen ist.*

Als eine mit unseren Schuldformen auf gleiche Stufe zu stellende dritte Form erscheint der *impetus* in einer oft citierten Stelle:

Marcianus in l. 11 § 2 D. de poen. 48. 19. Delinquitur autem aut *proposito*, aut *impetu*, aut *casu*. proposito delinquunt latrones, qui factionem habent: impetu autem, cum per ebrietatem ad manus aut ad ferrum venitur: casu vero, cum in venando telum in feram missum hominem interfecit.[70])

Ein Marcianischer Zusatz zu dem Edikte Hadrians ist auch der bekannte Satz: „leniendam poenam eius, qui *in rixa casu magis quam voluntate* homicidium admisit in l. 1 § 3 D. ad leg. Corn. de sic. 48, 8, wie der Vergleich mit dem Original in Mos. et. Rom. leg. collat. I, 6, zeigt.[71])

69) Man führt als direkten Beleg auch an das Fragment aus des Paulus liber singularis *de publicis iudiciis:* „In lege Cornelia dolus pro facto accipitur. *neque* in hac lege culpa lata pro dolo accipitur.“ (l. 7 pr. D. h. t. 48, 8): *„auch bei dieser lex nicht“*; also habe der Jurist den gleichen Ausspruch schon bei Gelegenheit anderer im gleichen Buche behandelter leges gethan, eine Auslegung, die wahrscheinlich das Richtige trifft; so schon die *Glosse* ad h. l. Bartolus that gelegentlich der Interpretation dieser lex den Ausspruch: *in poenis corporalibus* lata culpa non aequiparatur dolo, sed mitius punitur, was Gemeingut der italienischen Jurisprudenz wurde. Vgl. Winssinger 125, 128 f., 135 f.; Köstlin, Mord u. T. 152 f.; Rein l. c. 163 f.; Binding, Normen II, 383 ff.; culpose Verbrechen etc.? (trotzdem B. unter dolus und culpa lata anderes versteht, als die herrschende Ansicht — s. u. Anhang VII —, der Schlufssatz, dafs die leges p. i. den Dolus voraussetzen, für ihn daher eine ganz andere Bedeutung hat, ist seine umfassende Beweisführung auch für uns durchaus giltig); Pernice, Labeo II, 244 f., 390 f. — Die Nichtgleichsetzung von dolus und culpa lata gilt wohl auch im allgemeinen bezüglich der Pönalklagen auf eine Bufse oder einen multiplizierten Sachwert. Binding l. c. 386; Mommsen, Erörterungen II, 208 ff.; vgl. jedoch auch l. 1, § 2 D. si is qui testamento 47, 4, besprochen unten in Anhang VII. — Hier wäre auch zu erwähnen, dafs in l. 12 D. de custod. reor. 48, 3 bei nimia neglegentia des Soldaten, der seinen Gefangenen entweichen läfst, Todesstrafe angedroht wird, während das zweite daselbst mitgeteilte Reskript Hadrians die Todesstrafe auf doloses Entweichenlassen beschränkt, Modestinus wieder in l. 14 eod. selbst für den letzteren Fall zwischen Todesstrafe und Versetzung in extremum gradum militiae die Wahl freistellt. Burckhardt l. c. 140 findet in der ersteren Stelle eine ausnahmsweise Gleichsetzung der culpa lata mit dem dolus, ich möchte eher von einem Schwanken in der Beurteilung dieses militärischen Deliktes reden.

70) Wenn Binding, Normen II, 346 den impetus nur auf eine Art des Affektes, den Zorn, beziehen will, so erscheint er schon durch die ebrietas dieser Stelle widerlegt. Vgl. Cicero, de invent. II, V (17); Pernice, Labeo II, 246, Anm. 23.

71) Ich wiederhole die in § 4 Anhang I a. E. ausgesprochene Vermutung, dafs Marcian durch die gleiche Einteilung Platos beeinflufst worden sei. Eine richtige Abstraktion aus dem römischen Rechte gibt diese Einteilung nicht, wie sogleich gezeigt werden soll. Über die Lehre des Aristoteles s. o.; vgl. auch noch Eth. Nic.

Nach dieser Stelle steht also der impetus zwischen propositum und casus, aber näher zum letzteren.

Diese beiden Stellen haben sehr viel Schaden gestiftet; sie sind wenigstens mitwirkend gewesen bei der Unklarheit vieler Theoretiker über das Wesen des impetus. In der That beruht es auf einem *Wechsel des Einteilungsgrundes*, wenn man ihn zwischen propositum und casus stellt: er charakterisiert nicht das Verhältnis von Wissen und Wollen zum Erfolg, sondern den Gemütszustand, die seelische Temperatur, aus der die Handlung erwachsen ist. Wie ich bereits in der Einleitung hervorgehoben habe, kann jede der drei von mir angenommenen Schuldformen mit Affekt verbunden sein[72]; der impetus würde also den dolus des römischen Rechtes, den animus occidendi etc., keineswegs ausschliefsen; er hat seine richtige Stellung in der Lehre von den Strafzumessungsgründen. Es läfst sich der sicherste Beweis führen, dafs genau dies die Auffassung der römischen Jurisprudenz war, und dafs Marcian mit seiner Einteilung (wenn sie ihm selbst mehr als ein Spielen mit platonischen Ideen war) völlig vereinsamt dastand.

Dieser Nachweis ergiebt sich aus folgenden Stellen der hervorragendsten römischen Juristen[73]:

Papinian in Mos. et Rom. leg. collat. IV, 10. Si maritus uxorem suam in adulterio deprehensam occidit, an in legem de sicariis incidat, quaero. respondit: nulla parte legis marito uxorem occidere conceditur; quare aperte *contra legem fecisse eum*, non ambigitur. *sed si de poena tractas*, non inique aliquid eius *honestissimo calori* permittitur: ut non quasi homicida puniatur capite, vel deportatione, sed usque ad exilium poena eius statuatur.

Von der Überschreitung des Tötungsrechtes, das die lex Julia de adulteriis dem Vater gab, handelt derselbe Jurist eod. cap. 9: Respondit: sine dubio iste pater homicida est; igitur *tenebitur lege Cornelia de sicariis*. In unmittelbarem Anschlusse daran betont er bei Gelegenheit einer anderen Entscheidung: nam lex ita punit homicidam, si *dolo malo* homicidium factum fuerit.

Den gleichen Fall entscheidet Paulus genau so in Collat. IV, 2, 5: Sed si filiam non interfecerit, sed solum adulterum, *homicidii reus est;* während derselbe eod. Kap. 12, 4 von der ähnlichen Überschreitung

---

III, 3, wo (wohl gegen die Platonische Einteilung) der Satz ausgeführt wird, dafs οὐ καλῶς λέγεται ἀκούσια τὰ διὰ θυμὸν ἢ δι᾽ ἐπιθυμίαν. Vgl. aber auch eod. V, 10, 1136 a, Z. 19 ff. — Schulin, Lehrb. 144.

72) Gelegentlich mag erwähnt werden, dafs Rubo, quae sit doli natura, 13, es als impetus qualifiziert, wenn die Mutter ihr wiedergefundenes Kind in stürmischer Umarmung tötet; das ist psychologisch ganz richtig; nur ist es eben nicht, wie Rubo meint, römisch.

73) Vgl. Binding, Normen II, 346, Anm. 518, dessen Ausführungen dem Folgenden zum grofsen Teile zu Grunde liegen.

des Gatten sagt: quia hoc inpatientia justi doloris admisit, *lenius puniri* placuit.

Genau ebenso entscheidet Severus Alexander in l. 4. C. ad leg. Jul. de adult. 9, 9: Sed si legis auctoritate cessante inconsulto dolore adulterum interemit: quamvis *homicidium perpetratum* sit, tamen quia et nox et dolor iustus factum eius *relevant*, potest in exilium dari.

Alle drei Juristen zweifeln nicht einen Augenblick daran, dafs die im Affekt verübte Handlung unter die lex Cornelia zu subsumieren ist; da der dolus erste Voraussetzung dieser Subsumtion ist[74]), so ist damit auf das klarste erwiesen, dafs nach der Ansicht dieser drei Juristen der dolus durch den Affekt *nicht* ausgeschlossen wird. Der impetus erscheint ihnen vielmehr nur als ein die Strafzumessung beeinflussender Milderungsgrund, ein Gegensatz, der nicht schärfer und treffender ausgedrückt werden kann, als es in der ersten Papinianischen Stelle geschieht. Alle übrigen Stellen, die mit impetus in Verbindung gebracht werden können, besagen nichts weiter, als dafs die Strafe eine Milderung erfahren solle.[75])

Wir sind nach alledem vollauf berechtigt, die Marcianische Einteilung als theoretischen Irrtum eines einzelnen Juristen zu behandeln.[76])

Ganz anders ist das Ergebnis für eine Reihe von Fällen, die ohne systematische Ausbildung vereinzelt entschieden werden, und sehr vorsichtig behandelt werden müssen, wenn man nicht seine eigenen Be-

---

74) Wo die Quellen Mangel des dolus annehmen, sagen sie deshalb sehr präcise, dafs die Handlung in legem non incurrit, ad huius legis coercitionem non pertinet. Paulus, sent. V, 23, 12 u. l. 7, § 4 D. h. t. 48, 8.

75) Mit Rücksicht auf die § 4, Anh. I citierte Stelle aus Cicero (orat. part. 43) nimmt Brunnenmeister (Tötungsverbr. 136 f.) an, dafs zur Zeit der quaestiones perpetuae die Berufung auf den Affekt gar keine Bedeutung hatte, und man erst in der Kaiserzeit die durch die cognitio extraordinaria gewährte gröfsere Freiheit benutzte, um den impetus als einen Grund der Milderung der dem dolus malus gedrohten Strafe anzuerkennen. In der That machen die kaiserlichen Reskripte den Eindruck, als ob sie neues Recht einführten. Aus der dabei öfters gewählten Form „ultimum supplicium remitti *potest*“ schliefst Binding, wie ich glaube etwas zu ängstlich, dafs der impetus selbst als Milderungsgrund nicht obligatorisch war. — Weitere Stellen: l. 39, § 8 D. de adult. 48, 5; l. 1, § 5 D. ad leg. Corn. de sic. 48, 8; l. 3, § 3 D. ad sc. Silan. 29, 5. — Vgl. auch l. 6, § 7 D. de re milit. 49, 16; l. 14, § 2 D. de custod. e. e. reor., 48, 3.

76) Für die richtige Ansicht vgl. Matthaeus, de crimin. proleg. I, 3 und ad lib. XLVIII, tit. V cap. num. 3; Elvers, praktische Arbeiten 253 ff., ganz besonders Binding, Normen II, 346 f.; anschliefsend Burckhardt, Sinn und Umfang 147 ff.; Brunnenmeister l. c. Schwankend Pernice, Labeo II, 246 f., 379 f., der einen Anschlufs des impetus an die culpa annimmt. — Ganz an Marcian hält sich Hälschner, preufs. Strafr. II, 144, nach welchem der impetus selbstständig zwischen dolus und culpa steht; ebenso Rubo, quae sit doli natura 10 ff.; Tichelaar l. c. 61 f.; Köstlin, Mord u. T., behandelt den impetus als culpa (vgl. 186 ff., 195 ff., 205 f., 223). Anschliefsend Rein, 210 f.

griffe den Quellen unterlegen will. Seit Hadrian finden wir solche Einzelentscheidungen, die im Wege der extraordinaria cognitio Strafen verhängen, wenn der schädigende Erfolg durch lascivia, luxuria, cupiditas einerseits, durch culpa lata anderseits hervorgerufen wurde. Von allen diesen Fällen lassen sich zwei Aussagen mit Bestimmtheit abgeben. Erstens die, dafs im Sinne der Römer *kein dolus* vorliegt[77]: denn das ist der Grund, der die Subsumtion unter die betreffende lex ausschliefst („non incurrunt in legem"). Zweitens, dafs mehr vorliegt, als Zufall in unserem Sinne, und als levis culpa. Das klassische römische Strafrecht hatte die menschlichen Handlungen unter zwei Begriffe geteilt: dolus und casus. Aus dem Gebiete des letzteren wurden von Fall zu Fall die schwersten Handlungen, deren Straflosigkeit kriminalpolitisch höchst bedenklich erschien, herausgegriffen, und im aufserordentlichen Wege geahndet. Zu einer öffentlichen Strafe für leichtere Fälle der Fahrlässigkeit ist es im römischen Rechte nicht gekommen.[78]

Aus demselben Grunde wie das Wort impetus sind die Bezeichnung *lascivia, luxuria, cupiditas* im höchsten Grade irreführend. Das letztere bedeutet ganz allgemein „*Leidenschaft*"[79], die beiden ersteren spezieller *Übermut, Mutwillen,* „*Geilheit*": jene „animi incontinentia, ex saturitate fere et otio nascens" (Forcellini), für die wir im Deutschen den vielsagenden Ausdruck haben: „den sticht der Hafer".[80] Also auch hier kein deutlicher Hinweis auf eine bestimmte Schuldart, sondern an Stelle dessen eine Charakteristik jener seelischen Temperatur, aus der die Handlung erwächst.[81] An sich ist es ganz wohl möglich, dafs man im Übermute *absichtlich* Schaden stiftet, und die Quellen enthalten auch zwei Beispiele, wo ein solcher Vorgang angenommen werden mufs.[82]

77) Ausnahmen bei lascivia s. u.

78) Winssinger 137 ff.; Binding, Normen II, 350, und Culpose Verbrechen? (Da nach B. die culpa lata nicht Fahrlässigkeit, sondern Vorsatz ist, so lautet für ihn dieser Satz: es gibt nach römischem Recht kein fahrlässiges Verbrechen); Pernice, Labeo II, 245, 390 ff.; Burckhardt l. c. 129 ff. — Eine Ausnahme bildet die Bestrafung des Soldaten, der den ihm anvertrauten Gefangenen kulpos hat entfliehen lassen; die Quellen sprechen von einer Verschiedenheit der Bestrafung *pro modo culpae*, teilweise unter Ausscheidung der nimia neglegentia (ll. 12, 14 D. h. t. 48, 3). In diesen Fällen ist also wohl auch eine levis culpa bestraft worden; aber sie sind doch vorwiegend aus dem Gesichtspunkte militärischer Disziplin zu beurteilen. S. o. A. 69.

79) „Genus est omnium libidinum cupiditas". Cic. de inventione I, 23; vgl. die Wörterbücher von Forcellini, Georges u. a.; letzterer citiert eine sehr bezeichnende Stelle aus Cicero: „Quamdiu in his annis sumus cupiditatum", was er mit „Jahren der Leidenschaft, Brausejahren" treffend übersetzt. Die Anwendung auf jene jungen Leute, die den Claudius geprellt haben, s. u. Anhang VII.

80) Vgl. die Wörterbücher; Binding l. c. Anm. 555 und 572; Pernice l. c. 380, 384; Tichelaar l. c. 62 f.

81) Vgl. Herrmann im Arch. d. Criminalr. 1856, p. 475 f.; Pernice l. c. 380 Burckhardt, Sinn u. Umfang 145 f.

82) Das eine erwähnt Ulpian in l. 15, § 2 D. locati 19, 2. Der Pächter, nicht der

In der Regel aber hat der Übermütige nicht gerade eine böse Absicht, sondern er ist, ganz erfüllt von seiner Passion, *gleichgiltig* gegen die Rechtsgüter anderer. Wenn er auch die Möglichkeit einer Schädigung derselben einsieht — und gerade im Übermut ist man oft genug dagegen blind — so ist er sehr leicht geneigt, den guten Ausgang zu hoffen, nimmt wohl auch den schlimmeren in den Kauf, ehe er von seinem Vorhaben läſst.[83]) An ähnliches denken die wenigen, vielbesprochenen Stellen, in denen der Übermut als nichtdolose Begehungsform von Delikten erscheint. Welche dieser Eventualitäten von jenen Stellen als psychologischer Thatbestand vorausgesetzt wird, darüber geben diese selbst uns keine Auskunft[84]); die Römer hatten kein praktisches Interesse, darüber nachzudenken. Für den Prokonsul im Falle Evaristus (s. u. Anhang VII) standen zwei Dinge fest: die lex Cornelia war nicht anwendbar, da der animus occidendi fehlte; anderseits

---

Eigentümer, trägt den Schaden, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. Binding bemerkt mit Recht (l. c. 368): „*Ein kulposes Moment liegt in der lascivia hier sicher nicht*; es kann vielmehr nur die Zügellosigkeit der Soldaten verstanden sein, die fremdes Gut wegnimmt, nicht um den Eigentümer zu verletzen (?), sondern um es zu nehmen“ (?). B. ist zu der letzteren Auslegung gezwungen, weil er auch diesen Fall der lascivia zur culpa lata rechnet, also auch hier „Mangel an feindseliger Gesinnung wider das Recht“ diagnosticieren muſs. Ich halte es für ganz unmöglich, die Wegnahme unter die Rubrik der culpa lata zu bringen; doch wird diese Meinungsdifferenz nicht leicht beizulegen sein, da ja die Stelle gar keine kriminalistische Beurteilung der Handlung jener Soldaten enthält! Sicher dagegen ist die Interpretation des zweiten von Binding eod. angeführten Falles, den er durchaus irrig unter die culpa lata bringt. Es ist dies die l. 6, § 7 D. de re mil. 49, 16. Qui se vulneravit vel alias mortem sibi conscivit, imperator Hadrianus rescripsit, ut modus ei rei statutus sit, ut si impatientia doloris aut taedio vitae aut morbo aut *furore* aut pudore mori maluit, non animadvertatur in eum, sed ignominia mittatur, si nihil tale praetendat, capite puniatur. per *vinum* aut *lasciviam* lapsis capitalis poena *remittenda* est et militiae mutatio irroganda. Auch hier ist bei der lascivia an absichtliche Selbstverwundung im Übermut (wenn auch wahrscheinlich nicht mit Tötungsabsicht) zu denken. Aber daſs der Kaiser bei der lascivia, wie bei allen anderen Fällen, nicht an Ausschluſs des dolus denkt, beweist der Ausdruck „*poena remittenda est*“. Es wird also genau so wie beim impetus (der ja durch den „furor“ und das „vinum“ auch vertreten ist; s. o. Anm. 70) der dolus als vorhanden angenommen, aber mit Rücksicht auf das Motiv *die gesetzliche Strafe ermäſsigt;* während in den später zu besprechenden Fällen, wo die lascivia als den dolus ausschlieſsend gedeutet wird, die *umgekehrte* Konstruktion erfolgt: die de lege straflose (weil nicht dolose) Handlung wird aus kriminalpolitischen Erwägungen extra ordinem bestraft.

83) Das bedeutet also nach meiner Einteilung hohe Fahrlässigkeit oder Wissentlichkeit; nach der herrschenden Lehre bewuſste oder unbewuſste culpa oder dolus eventualis. — Berner, Imputationslehre 282 ist für die Annahme von „Culpa mit dem Bewuſstsein der Möglichkeit des verbrecherischen Erfolges“.

84) Man könnte höchstens annehmen, daſs die unbewuſste culpa, für die ohnehin der Terminus lata culpa bestand, auszuscheiden ist. Allein es ist zu beachten, daſs die Terminologie in unseren Fällen, die sich ja gar nicht an einen fixierten Rechtssatz anlehnen, nicht eben accurat ist.

mufste, der übermütigen Jugend zum warnenden Beispiel, doch eine Strafe verhängt werden; er erkannte auf fünf Jahre Verbannung, ohne sich weiter in tiefsinnige psychologische Untersuchungen über das Verhältnis des Wissens und Wollens zum Erfolge einzulassen. Ich halte es für das angemessenste, wenn wir es dabei bewenden lassen. Jeder Versuch, ein präziseres Resultat herauszupressen, führt zur Willkür.[85])

Besser steht es wohl bei der *lata culpa.* Dieser Terminus ist im Anschlusse an den technischen Begriff des römischen Privatrechtes gebildet. Die Quellen geben uns darüber zwei identische Definitionen:

Ulpianus libro primo regularum (l. 213 § 2 D. de verb. sign. 50, 16.) Lata culpa est *nimia neglegentia, id est non intellegere, quod omnes intellegunt.*

Paulus libro secundo sententiarum. (l. 223 pr. eod.) Latae culpae finis est non intellegere id quod omnes intellegunt.

Danach ist also die lata culpa *ein sehr hoher Grad unbewufster Fahrlässigkeit.* Der Thäter ist so negligent, dafs ihm Beziehungen seines Handelns entgehen, die jedem anderen (nicht blofs dem diligens pater familias, dem curiosissimus homo Labeos: l. 9 § 2 D. de iur. et facti ignor. 22, 6) nicht entgangen wären.[86])

Es ist kein Grund erbracht worden, der uns zwingen würde, die Richtigkeit dieser Definition im allgemeinen und insbesondere ihre An-

---

85) Vgl. Pernice II, 385, 386; Mommsen, Erörterungen II, 202, Anm. 7 u. 204, Anm. 9, berichtigt in gleichem Sinne seine früher vertretene Ansicht. — Windscheid, Pand. § 101, Anm. 10 sagt: „Ein besonderer Fall der culpa lata ist der, wo jemand in frevelhaftem Übermut handelt, *ohne die nächstliegenden Folgen seiner Handlung zu bedenken.*" Diese Auslegung ist ebenso unsicher, als die entgegengesetzte, die hinter der lascivia, luxuria ausschliefslich einen dolus eventualis, generalis u. dgl. erblickt (Binding). Ausführliche Erörterung sämtlicher einschlagenden Quellenstellen s. in Anhang VII.

86) Treffende Würdigung dieser „aus Elementarbüchern für den täglichen Gebrauch" stammenden Definitionen bei Pernice, Labeo II, 422 f.; vgl. Mommsen, Erörterungen II, 198 ff.; Burckhardt, Sinn und Umfang, 13 f., 141 f. Wenn Binding l. c. 379, einwendet: „Gefafst als Definition des materiell-rechtlichen Begriffs der culpa lata werden die Stellen geradezu sinnlos: denn was *alle* einsehen, kann keiner nicht einsehen", so ist das ein Argument, „das man zu Ehren seines eminenten Autors am besten mit Schweigen übergeht". — Das „*finis*" der zweiten Stelle legt Mommsen, Beiträge III, 352 so aus, dafs es nur die Grenze nach der *einen* (u. z. der *unteren*) Seite angebe, daher könne man auch die Fälle bewufster Fahrlässigkeit (mit Ausschlufs des dolus eventualis) einbeziehen. Binding acceptiert (II, 379) diese Auslegung, die ihm Gelegenheit gibt, wenigstens den Ausspruch des Paulus mit seiner Auffassung halb und halb zu versöhnen. Über den kaum glaublichen inhaltlichen Widerspruch mit dem nahverwandten Ulpianischen Fragment und die Sonderbarkeit, die in einer solchen einseitigen Begrenzung läge, setzen sich beide Autoren hinweg. Nun bedeutet aber finis hier so viel wie „*begriffliche Umgrenzung*", *finitio, definitio*, ein bei den Rhetoren (insbes. Quintilian) *sehr gewöhnlicher* Sprachgebrauch. Belege in jedem Wörterbuch.

wendbarkeit auf die uns überlieferten strafrechtlichen Fälle in Zweifel zu ziehen.[87])

Es ergibt sich uns demnach folgendes Resultat: Grundsätzlich straft das neuere römische Recht nur die *absichtliche* Begehung von Delikten. In der späteren Kaiserzeit werden aber auch unabsichtliche Begehungen extra ordinem bestraft, soferne *zum mindesten* ein hoher Grad von Fahrlässigkeit vorliegt. Von einer Gleichsetzung der culpa und des dolus, wie wir sie so häufig im Privatrechte finden, ist — wie bereits erwähnt — nicht die Rede.

Wie wenig indes auch noch in der späteren Kaiserzeit die culpa in den Normalstatus der strafrechtlichen Grundbegriffe aufgenommen war, ergiebt sich aus folgenden zwei Reskripten. Das erste stammt von Diocletian und Maximian (aus d. J. 290 p. Chr.) und ist erhalten in Mos. et Rom. legum collat. I, 10, gekürzt in c. 5. Cod. ad leg. Corn. de sic. 9. 16:

Qualitas precum Julii Antonini clementiam nostram facile commovit: quippe qui adseveret, homicidium se *non voluntate, sed casu fortuito fecisse*, cum *calcis ictu* mortis occasio praebita videatur. Quod si ita est ..... omni eum metu ac suspicione, quam ex admissae rei discrimine sustinet, ..... volumus liberari.

Die Reskribenten behandeln also noch immer den Gegensatz von voluntas und casus fortuitus als einen erschöpfenden, trotzdem der konkrete Fall (Tötung durch einen Stofs mit der Ferse) gewifs geeignet war, den Gedanken an die Schuldform der Fahrlässigkeit wachzurufen. Die gleiche Erscheinung finden wir in einem Reskript von Theodosius II u. Valentinian III (aus d. J. 445 p. Chr.).[88]) Die Kaiser geben ihrem Mifsmut darüber Ausdruck, dafs sie, getäuscht durch falsche Darstellungen des Sachverhaltes, Verbrecher, deren Unthaten sie für kasuell gehalten, losgesprochen hatten. In Zukunft sollen die Gerichte jedes Gesuch genau auf die Richtigkeit der Angaben hin prüfen:

---

87) Dafür, dafs die lata culpa ein Fall der Fahrlässigkeit sei, weist Pernice l. c. 387 (vgl. eod. 383, 384 Anm. 22.) noch auf folgende Stellen, in denen schwere culpa mit schwerer *neglegentia* gleichgestellt wird: 1) Ulpian in Collat. 12, 5, 2: Sed ei, qui non data opera incendium fecerit, plerumque ignoscitur, nisi in *lata* et *incauta neglegentia* vel *lascivia* fuit; und Marcian in l. 11 D. de incend. 47, 9. Si fortuito incendium factum sit, venia indiget, nisi tam *lata culpa* fuit, ut *luxuria* aut dolo sit proxima. Beide sollen wohl dasselbe sagen; (zugleich ein Beleg für die Verwandtschaft von lascivia und luxuria). — 2) l. 12 D. de cust. reor. 48, 3. ... divus Hadrianus rescripsit, quotiens custodia militibus evaserit, exquiri oportere, utrum *nimia neglegentia* evaserit, an *casu* .... et ita demum afficiendos supplicio milites, si *culpa* eorum *nimia* deprehendatur. Binding glaubt allerdings, dafs auch durch das Wort neglegentia eigentlich der Vorsatz ausgedrückt sei, und läfst sich auch durch den Beisatz „incauta" darin nicht stören! — Alles Nähere s. u. Anhang VII.

88) Cit. nach Haenel, Novellae constitutiones (1844) p. 186 f. — Vgl. Heusler l. c. 58 f.

His enim tantum volumus ignosci, in quorum lapsibus *sola* potest *fortuna* culpari. Homicidas autem in hominum caedem nefaria *voluntate* grassatos .... nec per annotationes nostras licebit absolvi.

Also auch hier wieder die alte Zweiteilung, und trotz der sichtlichen Tendenz, gegen schuldhafte Übelthäter die gröfste Strenge walten zu lassen, nicht der geringste Hinweis darauf, dafs die culpa nicht in das Gebiet der sola fortuna fällt, dafs bei ihr die Verzeihung keine vollkommene ist.

---

In Kürze ist noch auf drei Stellen einzugehen, die, für das römische Recht selbst kaum der Erwähnung wert, insofern eine grofse historische Bedeutung erlangt haben, als sie von den italienischen Praktikern an bis in unser Jahrhundert hinein zur quellenmäfsigen Rechtfertigung der Lehren vom generellen, indeterminierten, indirekten, eventuellen Dolus herangezogen wurden. Nicht ohne jeden Schein; denn der ungewollte Erfolg, der zu einer an sich reprobierten Handlung hinzutritt, spielt in ihnen thatsächlich eine sehr bedeutsame Rolle. Aber alle drei Fälle sind Ausnahmsbestimmungen, von denen sich auf den römischen Dolusbegriff nicht der geringste Rückschlufs ziehen läfst; ja sie bestätigen ganz deutlich die Regel, indem wenigstens bei zweien ausdrücklich hervorgehoben wird, dafs sie durch den Dolusbegriff nicht gedeckt werden.

Diese beiden Stellen sind:

L. 3 § 2 D. ad leg. Cornel. de sic. 48, 8. Hier wird zunächst in Bezug auf die Bestimmung der lex Cornelia betreffend das Feilhalten von Gift gesagt: sed hoc solum notatur in ea lege, quod *hominis necandi causa* habet(ur). Sodann fährt die Stelle fort: sed ex senatus consulto relegari iussa est ea, quae *non quidem malo* (*animo* (d. h. nicht mit animus necandi) sed *malo exemplo* medicamentum ad conceptionem dedit, *ex quo ea quae acceperat, decesserit.*

L. 38 § 5 D. de poenis 48, 19 (= Paulus, sent. V, 23, 14.) Qui abortionis aut amatorium poculum dant, *etsi* (*id*) *dolo non faciant,* tamen *quia mali exempli res est,* humiliores in metallum, honestiores in insulam amissa parte bonorum relegantur. *quod si eo* (sent.: ex hoc) *mulier aut homo perierit,* summo supplicio adficiuntur.[89])

Ob die Begründung: „quia mali exempli res est" Stich hält, können wir dahin gestellt sein lassen. Jedenfalls ergeben beide Stellen eine

89) Eingehende Interpretation beider Stellen bei Winssinger, differentia, 153 ff. Das medicamentum ad conceptionem versteht er in Anlehnung an einen seltenen Sprachgebrauch als „Mittel *gegen* Empfängnis"; m. E. zu Unrecht. Man übersehe nicht die Verschiedenheit der Entscheidung beider Fälle. Vgl. Heusler, de ratione, 56 f.

neuerliche Bestätigung unseres Satzes, dafs dem römischen Dolusbegriffe nur das direkte Wollen des Erfolges entspricht; denn trotz der Tendenz zur Strenge wird in beiden Fällen, die einer Ausdehnung des Dolusbegriffes sehr günstig sind, ausdrücklich der Mangel des Dolus konstatiert.

Schwieriger ist das richtige Verständnis der dritten Stelle; der l. 6 Cod. ad leg. Jul. de vi publica IX, 16, die eine komplicierte Geschichte hinter sich hat. Gewaltsame Besitzentsetzung war durch die Julische Gesetzgebung als crimen vis konstituiert worden; desgleichen machte sich der vis schuldig, qui convocatis hominibus vim fecerit, quo quis verberetur et pulsetur; s. Paulus, sent. V, 26, 3; l. 3 § 6, l. 10 § 1 D. ad leg. Jul. de vi publ. 48, 6; l. 2 D. ad leg. Jul. de vi priv. 48, 7. Trotzdem die Strafe dieses Deliktes später erhöht wurde, schien sie für den ersteren Fall nicht auszureichen. Es wurde daher durch Senatsbeschlufs festgesetzt, dafs derjenige, cuius familia sciente eo apiscendae reciperandae possessionis causa arma sumpserit mit der Strafe der lex Cornelia de sicariis zu belegen sei, und zwar offenbar zu einer Zeit, wo diese Strafe wenigstens für humiliores schon der Tod war; s. l. 3 § 4, 5 D. ad leg. Corn. de sic. 48, 8. Im Jahre 317 bestimmt nun Constantin folgendes:

1. Const. 1 Cod. Theodos. ad leg. Jul. de vi 9, 10. Qui in iudicio manifestam detegitur commisisse violentiam, non iam relegatione aut deportatione insulae plectatur, sed supplicium capitale excipiat, nec interposita provocatione sententiam, quae in eum fuerit dicta, suspendat, quoniam multa facinora sub uno violentiae nomine continentur, cum aliis vim inferre tentantibus, aliis cum indignatione repugnantibus verbera caedesque crebro deteguntur admissae. unde placuit, si forte qui vel ex possidentis parte vel ex eius qui possessionem temerare tentaverit, interemtus sit, in eum supplicium exseri, qui vim facere tentavit, et alterutri causam malorum praebuit.

2. Idem eod. const. 2. Si quis per violentiam alienum fundum invaserit, capite puniatur. et sive quis ex eius parte, qui violentiam inferre tentaverit, sive ex eius, qui iniuriam repulsaverit, fuerit occisus, eum poena adstringat, qui vi deiicere possidentem voluerit.

Die Edikte sind recht unklar; in beiden scheint der Anfang auf jede manifesta violentia Todesstrafe zu setzen, ohne weitere Voraussetzung; wenn im zweiten Teile die Tötung eines Menschen als solche Voraussetzung auftritt, so ist das geradezu eine Abmilderung. Die Begründung, dafs aus derartigen Gewaltakten häufig verbera und caedes sich ergeben, läfst den Gedanken anklingen, *der Thäter habe das wohl auch vorausgesehen.* Dafs der Kaiser diese Tötungen deshalb noch nicht als dolose auffafst, ergibt sich aus dem Tenor der Stelle, die offenbar nicht unter die lex Cornelia subsumiert, sondern neues, singuläres Recht

schafft. Die ratio dieser Singularität ist die gleiche, wie in den ersten beiden Fällen: quia mali exempli res est. Indessen ist bei Constantin die ganze Sache wenig bedeutend, da er ja, wie gesagt, eigentlich schon für die manifesta violentia an sich die Todesstrafe androht.

Im Justinianischen Codex erscheint das erstere Edikt in einer ganz veränderten Gestalt:

Const. 6 Cod. ad leg. Jul. de vi 9, 12. Quoniam multa facinora sub uno violentiae nomine continentur, cum aliis vim inferre certantibus, aliis cum indignatione resistentibus verbera caedesque crebro deteguntur admissae, placuit, si forte quis vel ex possidentis parte vel eius qui possessionem temerare temptaverit interemptus sit, in eum supplicium exerceri, qui vim facere temptavit et alterutri parti causam malorum praebuit: et non iam relegatione aut deportatione insulae plectatur, sed supplicium capitale excipiat nec interposita provocatione sententiam quae in eum fuerit dicta suspendat.

Der Kaiser hat recht eigentlich seine Vorlage auf den Kopf gestellt; der Schlufs steht vorne, die Kapitalstrafe ist also auf Fälle konkurrierender Tötung beschränkt. Wahrscheinlich hat dann Tribonian in l. 10 § 1 D. 48, 6 und l. 2 D. 48, 7 zu dem Satze: hac lege (sc. Julia de vi) tenetur et qui convocatis hominibus vim fecerit, quo quis verberetur et pulsetur hinzugefügt: neque homo occisus sit, um die Einheitlichkeit der Kodifikation zu wahren.[90])

Jedenfalls können wir also auch aus dieser Stelle auf den römischrechtlichen Dolusbegriff nichts schliefsen. Aber wir begreifen leicht, dafs in dem Momente, als dieser römische Begriff der gemeinrechtlichen Doktrin zu enge wurde, man mit Begierde diese Ausnahmsfälle aufgegriffen hat, um sich und andere darüber zu täuschen, dafs man eben im Begriffe war, über das römische Recht hinauszugehen.[91])

---

## Anhang I. Tötungsrecht nach der lex Julia de adulteriis.

Voraussetzung ist die Deprehension in ipsis rebus Veneris — hoc est, quod Solo et Draco dicunt *ἐν ἔργῳ;* und zwar für den Gatten nur domi suae, für den Vater in seinem oder seines Schwiegersohnes Hause. Der Gatte darf die adultera *nicht* mehr töten, und auch den adulter nur dann, wenn dieser zu bestimmten viliores personae gehört — was er wohl nicht leicht auf der Stelle konstatieren konnte: mariti calor et impetus facile decernentis fuit refrenandus. Dagegen darf der Vater der adultera zwar jeden Ehebrecher töten, wefs Standes er auch sei, aber er mufs in conti-

90) Vgl. Heusler, de ratione, 54ff.; Wächter, Revision der Lehre von dem Verbrechen der Gewaltthätigkeit. N. Arch. d. Criminalr. XIII (1833) insbes. pp. 228f. 232, 237, 245 f.

91) Vgl. Winssinger l. c. 156 ff.; Heusler l. c. 52 ff., ferner daselbst 64 und Burckhardt l. c. 133.

nenti seine Tochter mittöten; hier laufen Traditionen der alten hausväterlichen Justiz mit, und man rechnete darauf, dafs plerumque pietas paterni nominis consilium pro liberis capit. *Überschritt der Gatte seine Befugnisse, so wurde sein justus dolor, inconsultus calor ihm als sehr wesentlicher Milderungsgrund angerechnet.*

Die auffallend lange Fortdauer der Tötungsbefugnis erklärt sich aus der Tendenz der Kaisergesetzgebung, die Heiligkeit der Ehe mit allen Mitteln zu kräftigen. Quellen: Paulus, sent. II. 26. Collatio l. Mos. et Rom. IV. 2, 3, 7, 9, 12; l. 20—25, l. 32 pr., l. 38, § 8. D. h. t. (48, 5) l. 4. Cod. h. t. (9, 9). — Im äufserlichen Zusammenhange damit stehen l. un. Cod. de raptu virginum (9, 13) und Nov. 117. c. 15. S. jedoch dazu Wächter, Abhandl. aus d. Strafr. I. (1835), p. 66 ff. Vgl. Sanio, ad l. Cornel. 39 ff. Abegg, Untersuchungen, 154 ff.; Rein, 839 ff.; v. Bar, I. 8; Leist, Gräco-ital. R.-G., 301 f.; Brunnenmeister, Tötungsverbr. 141.

## Anhang II. Furtum manifestum.

Vergleiche für die im Texte vertretene Auffassung die Restitution von Voigt (tab. VII. 1) „Furem nancitor endoque plorato. Si nox furtum factum est, si im occisit, iure caesus esto; si luci, *nisi se telo defendit,* ne occidito" und dazu den Bericht von Gellius (Noctes Att., XI. 18, § 7) .... aut interdiu telo se, *cum prenderetur,* defenderet. Hier kann von einem *Notwehrrecht* des Bestohlenen keine Rede sein; der fur greift ihn ja nicht an, sondern wehrt sich nur gegen die Verhaftung. Eine Umschreibung der XII tabb. liefert Ulpian in dem Fragment, das in Mos. et Rom. l. collat. VII. 3 in der ursprünglichen Fassung erhalten ist. In Ausführung des Gedankens, dafs bei einer rechtmäfsigen Tötung die Haftung nach der lex Aquilia ausgeschlossen ist, sagt er: Si quis noctu furem occiderit, non dubitamus quin lege Aquilia non teneatur: sin autem, *cum posset adprehendere, maluit occidere,* magis est ut iniuria fecisse videatur. Der Nachsatz bezieht sich hier offensichtlich nur auf den fur diurnus und giebt eine Paraphrase der Tafelbestimmung.

In der Folge erschien eine Milderung des alten Rechtes und eine Annäherung an das Notwehrrecht geboten; und so nimmt denn der Satz Ulpians bei Aufnahme in die Digesten (fr. 5 pr. l. Aqu. 9, 2.) folgende Gestalt an: .. et si *metu* quis *mortis* furem occiderit, non dubitatur etc. Von der zu interpretierenden Tafelstelle losgelöst wird er jetzt sinnlos, der Nachsatz (sin autem) erschöpft bei weitem nicht die Gegensätze des Vordersatzes. Vgl. bes. Pernice, Labeo, II. 23 ff.; Abegg, Untersuchungen 139, 151 ff.; Hepp, Versuche, 132 ff.; Köstlin, Mord u. T., 70 f.; Seeger, Abh., 211, 219 ff.; Ihering, Geist, I. 125, 127, 130; Hälschner, Preufs. Strafr. III. 390; Geib, Lehrb. I. 67; v. Bar, Hdb. I. 10 f.; Bernhöft, 211; Leist, Gräco-ital. R.-G., 303 ff.; Brunnenmeister, Tötungsverbrechen, 141 f.

Die unrichtige Erklärung aus dem Gesichtspunkte der Notwehr vertreten Platner, Quaestiones, p. 69; Rein, 37; Desjardins, Traité du vol, Paris 1881, p. 108 u. a. m. Eine Verbindung beider Gedanken erstrebt Sanio, Ad l. Corn. de sic., 19 ff., vgl. eod. 50 ff.

Charakteristisch für das mangelnde Verständnis der späteren Zeit ist die Verteidigung der XII. tabb. bei Gellius, XX. 1, § 8 (Caecilius): an .. furis manifesti intolerandam audaciam aut nocturni grassatoris insidiosam

violentiam non dignam esse capitis poena existumes? Nun *kann* ja ein solcher Fall vorliegen (man übersehe nicht die Weite des altrömischen Furtum-Begriffes!) — aber ebenso gut kann es sich auch um einen armen Teufel handeln, der einfach Pech hat. — Eine Reihe älterer Auslegungsversuche teilt mit Hepp l. c. 110 ff.; dazu noch Dollmann, Entwendung, 35 f. — Das Tötungsrecht wider den fur manifestus ist, wie wir wissen, nicht spezifisch römisch, sondern eine universelle Erscheinung. Dabei finden sich Übereinstimmungen bis ins feinste Detail; so durfte nach germanischen Rechten der ergriffene Missethäter, soweit das vorbehaltlose Tötungsrecht beseitigt war, festgehalten und gebunden werden; doch „lebte nichtsdestoweniger das alte Recht allenthalben wieder auf, wenn der Missethäter *sich der Festnahme widersetzte* oder durch Flucht entziehen wollte“ (Brunner, II. 484); lex Ribuaria 77: Si qui hominem super res suas comprehenderit, et eum ligare voluerit, aut super uxorem, aut super filiam, vel his similibus, *et non praevaluerit legare,* etc. Die gleiche Bestimmung enthält das javanische Rechtsbuch Nawôlô pradôtô: „Tegenover dieven, roovers en moordenaars geldt de regel, dat zij mogen worden *gedood, zoo zij zich niet willen overgeven, doch zich te weer stellen.*“ Wilken (l. c. 101 f.) sieht darin mit Unrecht eine „Form von Notwehr“, nicht von Racherecht, da dieses sonst nicht an die Bedingung der Gegenwehr des Diebes gebunden sei. Aber warum sollte es nicht ein abgeschwächtes, bedingtes Racherecht geben?

## Anhang III. Erfolghaftung bei der Talion.

In der berühmten Disputation des Juristen Sex. Caecilius mit dem Philosophen Favorinus (bei Gellius, Noct. Att. XX. 1) wendet der Philosoph u. a. wider die Vorschriften der XII Tafeln ein (§ 16 f): In qua re primum ea difficultas est inexplicabilis. Qui sin membrum ... alteri *inprudens* ruperit? quod enim imprudentia factum est, retaliari per inprudentiam debet. *Ictus* quippe *fortuitus* et *consultus* non cadunt sub eiusdem talionis similitudinem. Quonam igitur modo inprudentem poterit imitari, qui in exequenda talione non licentiae jus habet, sed inprudentiae. *Sed et si prudens ruperit,* nequaquam patietur aut altius se laedi aut latius. Quod cuius modi libra atque mensura caveri possit, non reperio. Quin etiam si quid plus erit aliterve conmissum, res fiet ridiculae atrocitatis, ut contraria actio mutuae talionis oriatur et adulescat infinita quaedam reciprocatio talionum. Der Philosoph hebt also mit beifsender Ironie die Unmöglichkeit einer konsequenten Durchführung der Talion hervor, und setzt dabei voraus, dafs diese nach den XII tabb. auch bei einem ictus fortuitus stattfinden solle. Der Jurist sucht das Gesetz zu verteidigen (§ 34): Verumst, mi Favorine, talionem rarissime fieri et difficillime. Sed decemviri minuere atque extinguere volentes huiuscemodi violentiam pulsandi, atque laedendi talione, ..... *neque .... tantam esse habendam rationem arbitrati sunt, ut an prudens imprudensve rupisset spectandum putarent,* talionem in eo vel ad amussim aequiperarent, vel in librili perpenderent; sed potius eundem animum eundemque impetum in eadem parte corporis rumpendi, non eundem quoque casum exigi voluerunt, quoniam modus voluntatis praestari posset, casus ictus non posset. Man hat diese Stellen immer als Beleg dafür aufgefafst, dafs es für die Talion auf ein Verschulden des Thäters nicht ankomme (Heusler l. c. 14 f.; Köstlin, Mord u. T., 44, 75; Ihering,

Schuldmoment, 11; Pernice, Labeo, II. 240 f.; Brunnenmeister, Tötungsverbr., 125, 131 u. a. m.). Dagegen erhob Widerspruch v. Bar, Hdb. I. 9 (A. 25): das an prudens inprudensve rupisset bezieht er lediglich auf den letzten Erfolg der Handlung, die von vornherein als absichtliche Körperverletzung angelegt sein müsse (also etwa im Sinne von § 224 R.-St.-G.); der *Schlufs* des Satzes könne wohl nur auf absichtliche Mifshandlungen bezogen werden — was ich zugeben mufs. Doch ist zum richtigen Verständnisse die erste Stelle heranzuziehen; der *ictus fortuitus* derselben schliefst die Erklärung „absichtliche Mifshandlung" schlechthin aus. Der *Nachsatz der ersten Stelle* beschäftigt sich sodann mit den Unzuträglichkeiten, welche die Talion *selbst in jenem Falle* bietet, wo der Thäter den Schaden prudens zugefügt habe. Da die zweite Stelle als Antwort der Disposition der ersteren folgt, so ist es nunmehr klar, warum ihr *Nachsatz* auch nur von absichtlichen Mifshandlungen spricht. Dafs die vom Juristen hinterher dem Zwölftafelgesetz untergeschobenen kriminalpolitischen Gesichtspunkte ebenso unhaltbar sind, wie dessen Erklärung des furtum manifestum in § 8, eod. (s. o.), bedarf wohl keiner Ausführung. — Mit Recht findet v. Bar es auffallend, dafs in dem gleichen Gesetze die unvorsätzliche Tötung so ganz anders behandelt war. Das erklärt sich wohl daraus, dafs die Talion zufolge ihrer Starrheit (s. o. § 1) den Gedanken der Erfolghaftung länger bewahrt, dafs ferner bei der Körperverletzung es sich wesentlich um ein teilweise durch Talion sanktioniertes Kompositionensystem handelt, bei welchem der durch die That *unmittelbar* Verletzte — nicht die Familie — nebst der Genugthuung auch eine materielle Entschädigung erhalten sollte. Jedenfalls ergibt sich aber aus dieser Erscheinung, dafs die XII Tafelgesetzgebung, die nach unserer Annahme nicht allzulange nach der Überwindung des Racherechtes durch das staatliche Strafrecht datiert, *in eine Zeit des Überganges von Erfolghaftung zu Schuldhaftung gefallen ist.* — Ein Irrtum dieser späteren Autoren scheint mir ausgeschlossen, da sie sichtlich etwas ihrer Zeit Fremdes, traditionell Überkommenes mitteilen. Wie gerne hätte Caecilius dem Philosophen erwidert: Deine Auffassung ist nicht richtig, so barbarisch waren unsere Voreltern nicht! — Im späteren römischen Rechte treffen wir die Talion als staatliche Strafe für Kalumnie, Entweichenlassen von Gefangenen und einige andere Fälle, die in der Regelung der Schuldfrage keine Abweichung von dem allgemein Üblichen bieten. (Günther, Wiedervergeltung, I. 141, 150, 152, 153.)

## Anhang IV. Der Erfolg im Privatrecht.

Im innigsten Zusammenhange mit der Behandlung derjenigen Thatbestände, die wir zum Strafrechte zählen, steht das Gebiet des civilen Unrechts. Je älter die betreffende Entwicklung, desto weniger dürfen wir unsere heutigen Kategorieen in sie hineintragen; am wenigsten in das ältere römische Recht.[a]) Dieses zeigt uns eine Vorliebe für Strafen auch auf civilrechtlichem Gebiete. Das reizbare Rechtsgefühl begnügt sich nicht mit der einfachen Ausgleichung des Unrechts, es will Übles mit Üblem vergelten,

---

[a]) Das folgende stützt sich auf die Monographie Iherings: „das Schuldmoment im römischen Privatrecht". Vgl. ganz bes. eod. 11 ff, 40 ff., 58 ff. — Ihering hat übersehen, dafs vor ihm schon Köstlin (Mord u. Totschlag) im wesentlichen die gleiche Auffassung vertreten hatte. Vgl. auch Geib, Lehrb. I, 65.

das Recht steht unter der Herrschaft des Affektes; *und auch hier übersieht der Affekt die innere Seite der gegnerischen Handlung* und heftet sich lediglich an den Erfolg. Dieser allein ist entscheidend bei manchen Privatpönalklagen, er ist es bei fast allen jenen Prozefsstrafen, die den teilweise oder gänzlich Sachfälligen treffen. Merkwürdig lange erhalten sich einzelne Ausläufer dieser Rechtsanschauung; so z. B. die actio concepti furti, die noch von Gajus und Paulus als praktisch erwähnt werden. Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus praesentibus furtiva res quaesita et inventa est: nam in eum propria actio constituta est, *quamvis fur non sit,* quae appellatur concepti. Aber schon ein Reskript von Sever und Antonin (l. 8. Cod. ex quib. causis inf. 2, 12.) bezeichnet das auf Grund dieser Klage gegen den Unschuldigen gesprochene Urteil als „durior sententia“ und schliefst die Infamie aus. Justinian konstatiert, dafs diese Klage in desuetudinem abiit und fügt hinzu: cum manifestissimum est, quod omnes qui *scientes* rem furtivam susceperint et celaverint, furti nec manifesti obnoxii sunt. In dem einen Wort „scientes“ liegt der Gegensatz des alten und neuen Rechtes (§ 4 I. de obl. ex. del. 4. 1.). Ebenso ist noch der ganze klassische Civilprozefs auf ein System von Prozefsstrafen aufgebaut, die in gleicher Weise den Schuldigen wie den Unschuldigen treffen. Erst mit dem Untergange des Formularprozesses war die Möglichkeit gegeben, darin eine Änderung vorzunehmen. — Es ist vielleicht nicht überflüssig zu bemerken, dafs mit dieser Erscheinung jene Vorschriften der späteren Zeit, die Privatstrafe oder Haftung für Schaden an reine Fakta knüpfen (man denke an die Haftung des Gastwirtes, der Steuerpächter für ihre Untergebenen etc.; vgl. Pernice, Labeo, II. 247 ff.), nichts zu thun hatten. Hier liegen bewufste Abweichungen vom Schuldprinzip aus zwingenden rechtspolitischen Erwägungen vor, nicht aber der Ausdruck einer allgemeinen Rechtsüberzeugung.

## Anhang V. Termini motio.

Bei diesem Sakraldelikte soll nach v. Amira, Tierstrafen, 34 f., im altrömischen Rechte Erfolghaftung geherrscht haben. Festus s. v. termini berichtet: Numa Pompilius statuit eum, qui terminum exarasset, et ipsum et boves sacros esse (vgl. Dion. 2, 74). Daraus, dafs hier jenes „dolo sciens“ nicht angewendet erscheint, schliefst v. Amira auf eine dem Kult zu Lasten zu schreibende Zurückdrängung des Schuldgedankens; ähnlich schon Winssinger, Differentia, 151. Diese Auffassung ist mit Rücksicht auf das, was wir sonst über das römische Sakraldekret wissen, nicht unhaltbar, aber lange nicht genug sicher, um als *Beleg* verwendet zu werden. Das argumentum ex silentio erscheint recht bedenklich, da der Wortlaut dieser lex regia auch nicht annähernd festgestellt werden kann; auch in den Darstellungen bei Platner, Quaestiones, 30 f., und bei Voigt, Leges regiae, 602 ff., auf die sich v. Amira beruft, finde ich keinen Anhaltspunkt für seine Annahme. Dagegen spricht Voigt, XII Tafeln, II. 810 seine Überzeugung dahin aus, dafs der dolus selbstverständlich zum Thatbestande gehört habe.

Im klassischen römischen Rechte macht die termini motio keine Ausnahme von den übrigen öffentlichen Delikten.

## Anhang VI. Die Bedeutung des Rechtsirrtums.

Ich vertrete folgende, der herrschenden Lehre so ziemlich entsprechende, jedoch nach den (durch das Folgende in der Hauptsache bestä-

tigten) Ausführungen von Karl Adler (Jahrbücher f. d. Dogmatik, XXXIII. p. 149 ff.) richtiggestellte Auffassung des römischen Rechtes: 1. *Rechtssätze werden im allgemeinen angewendet, ohne Rücksicht darauf, ob sie gekannt werden oder nicht.* 2. Dieser Satz findet *aus Billigkeitsrücksichten Ausnahmen,* wo es sich um gewisse privilegierte Personen handelt (Minderjährige, Frauen, Soldaten, rustici). 3. Der Satz besagt nicht, dafs ein Irrtum über Rechtssätze nicht zur Entschuldigung angerufen werden kann (wie man aus der *falschen Formulierung* der römischen Juristen „error iuris nocet" annehmen könnte); sondern er fordert im Interesse der Rechtssicherheit nur, dafs der einzelne auf den betreffenden Fall gemünzte, der *anzuwendende* Rechtssatz bedingungslos angewendet werde. 4. Irrtum in Bezug auf den Thatbestand eines Deliktes schliefst die verbrecherische Absicht aus, und zwar gleichgiltig, ob rein faktischer Irrtum vorliegt, oder ob der Thatbestandsirrtum die Folge eines Irrtums über Rechtsätze (natürlich mit Ausnahme der „anzuwendenden" Rechtssätze) gewesen ist. Vgl. Mühlenbruch im Arch. f. civilist. Prax. II. 399 ff.; Savigny, System, III. 388 ff. im Zusammenhalte mit 326 f.; Voigt im Arch. f. civil. Praxis, LIV. 41 ff.; Bedeutungswechsel, 45, 70; XII tabb. I. 396 f.[b])

Gegen diese Auffassung, die sich auf die schlichteste Interpretation der allbekannten Quellenstellen stützt, ist besonders Binding (Normen II. 300 ff.) aufgetreten, in der deutlichen Absicht, eine „Legitimation seiner theoretisch allein haltbaren Auffassung des rechtswidrigen Vorsatzes durch die Quellen des römischen Rechtes" (p. 391) zu erzielen. Gegenüber den „von der deutschen Rechtswissenschaft stets ungebührlich gehegten abstrakten Aussprüchen" der römischen Juristen unternimmt er es — und es kann ja kein Zweifel obwalten, dafs ihn die Beweislast trifft — „aus der römischen Rechtsanwendung" den Beweis für folgende Sätze zu führen: 1. Dolus ist *nicht* das wissentliche Wollen einer Handlung, welche das Recht mifsbilligt. Das Bewufstsein im Dolus mufs sich in allen Fällen seines Vorkommens auf die *Unerlaubtheit* der Handlung (also auf die verbietende oder gebietende Norm, nach unserer Terminologie den anzuwendenden Rechtssatz) miterstrecken. Rechtsirrtum schliefst daher den Dolus, und *deshalb* auch die Strafe aus. 2. Der Satz „error iuris nocet" ist lediglich ein prozessualer Beweissatz: der *vorgeschützte* Irrtum wird nicht geglaubt. 3. Die Privilegien der milites, rustici etc. sind Ausnahmen von dieser Präsumtion: ihnen wird der Rechtsirrtum geglaubt. — Das reiche Quellenmaterial Bindings möchte ich folgendermafsen gliedern: a) In der ersten Gruppe rangieren jene Fälle, die schon nach römischer Terminologie (vgl. Dig. 22, 6; Cod. 1, 18) als error facti zu bezeichnen sind. Ich wähle als Beispiel einen Straffall (p. 329): Die Frau, die sich fälschlich für schwanger ausgibt und sich ventris nomine in possessionem einsetzen lässt, wird infam. Gaius sagt nun (l. 18 D. de his qui not. inf. 3, 2): Ea, quae *falsa existimatione decepta* est, non potest videri per calumniam in possessione fuisse. Die Frau hat sich also wirklich für schwanger gehalten (so Binding; möglich auch, sie war bezüglich der Vaterschaft des Erblassers in gutem Glauben: l. 16. eod.). Jedenfalls ist sie doch nicht wegen der Unkenntnis jener *Norm,* welche diesen Betrug verbietet, noch wegen der Unkenntnis irgend eines Rechtssatzes entschuldigt; ihr „thatsächlicher" Irrtum stammt nicht aus einer ignorantia iuris,

[b]) Die Sätze sub 1, 3 und 4 halte ich für durchaus zweckmäfsig und glaube, dafs sie auch unserem geltenden Rechte zu Grunde liegen; vgl. meine Ausführungen in Grünhut's Zeitschrift XX, 772 ff. Der Satz sub 2 erscheint mir diskutabel.

sondern vielleicht aus Unwissenheit in der Gynäkologie. Die Entscheidung entspricht also durchaus der allgemeinen Regel „iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere“ (l. 9, pr. D. h. t. 22, 6). Ich kann mir nicht erklären, wie Binding in dieses Mifsverständnis verfallen ist. Ganz das gleiche gilt für folgende weiters angeführte Stellen: l. 1 § 32, D. depositi 16, 3 (p. 304, 329). — l. 11 D. eod. (p. 304 f.) — l. 1 § 47 D. eod. (p. 305) — l. 1 D. de distract. pignor. 20, 5 (p. 328) — l. 16 § 1 D. de pigner. act. 13, 7 (p. 329) — l. 8 D. de his qui not. inf. 3, 2 (p. 329); ebenso für sämtliche Beispiele auf pp. 332, 333, 334 und 335, hier mit teilweiser Ausnahme des ersteren. Ebenso zwingt uns nichts, das sciens dolo malo der p. 306 f. genannten Gesetzestexte auf etwas anderes, als das Wissen des Thatbestandes zu beziehen.

b) Eine zweite Gruppe von Belegstellen ist dadurch charakterisiert, dafs ein Thatbestandsirrtum vorliegt, der allerdings auf einem Rechtsirrtum beruht, aber nicht auf einem Irrtum über die auf diesen Fall gemünzten Rechtssätze; in Bindings Terminologie: der Irrtum bezieht sich *nicht* auf die Normen, die den konkreten Fall beherrschen; die Stellen beweisen also gar nichts für Binding. Hierher gehört § 1 I. vi bonor. raptor. 4, 2. Quia tamen ita competit haec actio, si dolo malo quisque rapuerit: qui aliquo errore inductus suam rem esse et *imprudens iuris* eo animo rapuit, quasi domino liceat rem suam etiam per vim auferre possessoribus, absolvi debet. cui scilicet conveniens est nec furti teneri eum, qui eodem hoc animo rapuit. Binding kommentiert p. 316 f.: „Der Thäter versiert hier in einem doppelten Irrtume: er hält die fremde Sache für die eigene *und weifs nichts von dem Verbote der Selbsthilfe.* Wegen dieses seines Rechtsirrtums sieht er die Widerrechtlichkeit der gewaltsamen Wegnahme der Sache nicht ein: dieses Bewufstsein aber gehört zur rapina, und so ist der Rechtsirrtum Grund des Wegfalls des dato malo rapere.“ — Was den zweiten Irrtum betrifft, der uns hier zunächst interessiert, so nimmt Binding diesmal an, *dafs die Unkenntnis des Verbotes der Selbsthilfe nicht blofser Vorwand ist,* und in der That läfst sich der Passus: et imprudens iuris eo animo rapuit, quasi domino liceat rem suam etiam per vim auferre possessoribus gewifs nicht anders deuten, als dafs die Stelle das wirkliche Vorhandensein jenes animus annimmt. *Ist das aber so, dann müfste nach Bindings Lehre infolge der Unkenntnis jener Norm, die sich gegen Selbsthilfe richtet, der dolus und damit nebst der Strafe des Raubes auch die Strafe der Selbsthilfe entfallen;* er scheint dies auch wirklich zu glauben: das gerade Gegenteil wird durch die unmittelbare Fortsetzung unserer Stelle bestätigt: sed ne, dum talia excogitentur, inveniatur via, per quam raptores impune suam exerceant avaritiam, melius divalibus constitutionibus pro hac parte prospectum est etc. Die auftauchende Besorgnis, dafs mit dem erstgenannten Ausschliefsungsgrunde des dolus Unfug getrieben werden könnte, wird sofort zerstreut durch den Hinweis: dafür ist durch die Sätze über die Selbsthilfe gesorgt; *diese Sätze hält also der Kaiser für anwendbar auf den vorliegenden Fall,* trotzdem er nicht im geringsten zweifelt, dafs der Thäter sie wirklich nicht gekannt habe. Mit anderen Worten: *Bindings Auffassung ist durch diesen Teil der Stelle mit monumentaler Deutlichkeit widerlegt;* sie ist durch den weiteren Inhalt derselben nicht belegt. Ich will ganz davon absehen, dafs man das qui aliquo errore inductus suam rem esse viel eher auf einen thatsächlichen Irrtum beziehen kann: er hat das Objekt für dasjenige gehalten, dessen Eigentümer er ist;

immerhin ist es nicht ausgeschlossen, dafs die Meinung Eigentümer zu sein auf einem Rechtsirrtum beruht. Aber während es sich vorhin um einen (irrelevanten) Irrtum über die Norm betreffs der Selbsthilfe handelte, ist der Irrtum, zufolge dessen der Thäter die Sache für sein Eigentum hält, Folge seiner Unkenntnis des *Privatrechtes; die Norm, der er zuwiderhandelt* (der „anzuwendende“ Rechtssatz), *ist die Bestimmung über den Raub;* dafs er *diese* nicht gekannt habe, ist nicht vorausgesetzt, und schlechterdings ausgeschlossen. Die Folge seines privatrechtlichen Irrtums ist ein Irrtum über den objektiven Thatbestand; der Thäter stellt sich *nicht* vor, dafs er eine *fremde*, sondern er stellt sich vor, dafs er *seine eigene* Sache wegnimmt; dieser Umstand ist es, der den dolus ausschliefst, nicht der (gar nicht vorhandene) Mangel des Bewufstseins der Norm. Die Stelle beweist also allerdings wieder die falsche Formulierung: „error iuris nocet“; (denn der eine von den beiden „Rechtsirrtümern“ hat genützt). Sie ist ein sprechender Beleg für den richtig formulierten Satz. — Ebenso wie in diesem Beispiel liegt Thatbestandsirrtum auf Grund eines Irrtums über Privatrecht vor in l. 25 § 6 D. de her. pet. 5, 3 (p. 317 f.); — l. 3 pr. D. de lege Fabia de plag. 48, 15 (p. 335); und in sämtlichen auf p. 327 f. angeführten Stellen. Ähnlich erledigt sich auch die p. 334 citierte l. 2 § 20 D. vi bonor. rapt. 47, 8 Si publicanus pecus meum abduxerit, dum putat contra legem vectigalis aliquid a me factum; quamvis erraverit, agi tamen cum eo vi bonorum raptorum non posse Labeo ait: sane dolo caret. Es ist möglich, dafs der publicanus meine Handlung irrig als Steuerdelikt qualifiziert hat (so Binding, Rechtsirrtum); oder dafs er irrig eine Handlung annahm, die entweder wirklich ein Steuerdelikt wäre (Thatsachenirrtum), oder die er irrig für ein solches hält (Kombination beider Fälle). In jedem Falle ist die Entscheidung Labeos richtig; denn der Irrtum des publicanus bezog sich jedenfalls nicht auf den „anzuwendenden“ Rechtssatz: über die Normen, die den Raub verbieten, dürfte er doch wohl im klaren gewesen sein; sondern in dem einen Falle irrte er über die Sätze des Steuerrechtes, in dem zweiten über reine Thatsachen, in dem dritten über beides. — Nur aus der landläufigen falschen Formulierung ist es begreiflich, wenn Binding p. 330 den Gegnern vorhält: „Den eifrigen Verfechtern der *schädlichen Natur des Rechtsirrtums (!)* hätte sich schon lange als Konsequenz ihrer Auffassung aufdringen sollen, dafs das unrichtige Urteil des Richters aus Rechtsirrtum dann durchweg als dolose Rechtsbeugung in den Quellen erscheinen müfste.“ Was selbstverständlich nicht der Fall ist. Auch hier erstreckt sich die Unwissenheit des Richters nicht auf jene Norm, nach der sein Verhalten zu beurteilen ist, sondern auf ganz andere Sätze. — Genau ebenso erklären sich folgende dem Privatrechte angehörige Quellenstellen: l. 1 § 4 D. ne vis fiat 43, 4 (p. 329 f.); l. 11 §§ 10, 11 D. de interrog. in iure fac. 11, 1 (p. 330); l. 12 § 3 D. de liberali causa 40, 12 (p. 330).

c) Auf Seite 307—309 führt Binding zahlreiche Quellenentscheidungen an, die darin übereinstimmen, dafs die Thäter den ganzen Thatbestand genau kennen; hier ist es nach unserer Auffassung ja selbstverständlich, dafs dolus angenommen werden mufs; wenn die römischen Juristen dies wirklich thun, so sind wir doch dadurch nicht widerlegt. Binding meint, die Thäter wüfsten hier genau das, was ihnen notwendig ist, um die Widerrechtlichkeit ihrer Handlungsweise einsehen zu müssen; ergo sei anzunehmen, dafs sie sie wirklich eingesehen hätten; und dieses Bewufstsein der Rechtswidrigkeit ergebe dann erst den dolus malus.

Ich gebe zu, dafs diese Entscheidungen sich auf dem angegebenen Wege mit Bindings Theorie vereinigen lassen; aber sie beweisen gar nichts wider seine Gegner.

d) Auf p. 303 f. wird die l. 7 pr., § 1: D. quod falso tutore, 27, 6 verwertet. Novissime praetor ait: „in eum qui, cum tutor non esset, dolo malo auctor factus esse dicetur, iudicium dabo, ut quanti ea res erit, tantam pecuniam condemnetur.“ Non semper tutor convenitur nec sufficit, si *sciens* auctor fuit, *verum ita demum, si dolo malo* auctor fuit. quid si compulsus aut metu, ne compelleretur, auctoritatem accommodaverit, nonne debebit esse excusatus? — Ulpian denkt also bei dieser Gegenüberstellung von scientia und dolus malus an den *Notstand* als Ausschliefsungsgrund des Dolus (s. im Text o.); wenn Binding meint, „das ändere an dem Inhalte des aufgestellten Grundsatzes nichts,“ so ist er an sein eigenes treffliches Wort zu erinnern, dafs der Beweis für die römische Anschauung nicht aus solchen meist sehr unglücklich ausgefallenen abstrakten Aussprüchen, sondern allein aus der römischen Rechtsanwendung zu führen sei (p. 314).

e) Den Beschlufs bildet eine Gruppe von Stellen, die in der That die Strafbarkeit infolge eines echten Rechtsirrtums, d. h. eines Irrtumes über den „anzuwendenden“ Satz für ausgeschlossen erklären (319 ff., 326). Es handelt sich um das Privilegium der minores, feminae, milites, rustici, denen (in verschiedenem Umfange) *der Rechtsirrtum nicht zum Nachteile gereichen soll* (genauere Zusammenstellungen s. bei Mühlenbruch und Savigny l. c.). Binding behauptet, der tiefere Grund dieses Satzes sei darin zu finden, dafs *der Irrtum über die Norm* (der in diesen Fällen geglaubt wird) *den Dolus ausschliefse. Wäre wirklich dieses der Grund, dann müfste das Privilegium in allen jenen Fällen cessieren, wo der Dolus nicht zu jenem Thatbestande gehört, an den das Gesetz die Rechtsfolge knüpft;* denn in allen diesen Fällen mufs es doch höchst gleichgiltig sein, dafs eine gar nicht gemachte Voraussetzung (der Dolus) ausgeschlossen erscheint. Eine derartige Einschränkung des Satzes, dafs der error juris den Minderjährigen etc. solle zu Nutzen sein, ist aber meines Wissens bisher nicht vertreten worden; die Quellen stellen ihn ohne diese Einschränkung auf; ja, sie liefern unzweifelhafte Beispiele für die uneingeschränkte Anwendung. Niemand wird z. B. behaupten wollen, dafs man im allgemeinen *Fristen* (im Prozefs, für Erbantrittserklärungen) dolos versäumt, und dafs dieser Dolus Voraussetzung des vom Rechte verhängten Nachteiles ist. Wenn nun solche aus *Rechtsunkenntnis* erfolgte Versäumnisse den privilegierten Personen nachgesehen werden (vgl. l. 1 C. h. t. 1, 18; l. 9 § 1 eod.; l. 13 eod.; l. 8 C. qui admitti 6, 9 und dazu Savigny, l. c. 404 ff.), so kann der Grund davon doch unmöglich darin liegen, dafs durch ihre Rechtsunkenntnis der Dolus ausgeschlossen ist! Der Grund ist vielmehr die *allgemeine Billigkeitserwägung*, dafs es hart ist, Gesetze auf solche Personen, die sie zu kennen kaum in der Lage waren, zu ihrem Nachteile anzuwenden.

Die gleiche Billigkeitserwägung hat dazu geführt, dafs für die Soldaten ein von den formalen Fallstricken des Civilrechts befreites Testierrecht geschaffen wurde.

*Und ebenso müssen wir auch die Straflosigkeit der aus Rechtsunkenntnis begangenen Delikte dieser Personen auf den gleichen Gesichtspunkt zurückführen*, da wir nicht den geringsten Grund haben, dem gleichen Rechtssatze hier eine andere ratio unterzulegen. Daran kann es uns doch nicht ernstlich hindern, dafs Ulpian in einer oder der anderen Stelle „diese



BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS

Milde sich juristisch dadurch vermittelte, dafs er den dolus als nicht vorhanden betrachtete" (Pernice, Labeo II. 52; vgl. p. 64; aufser der im Text angeführten l. 3 § 18 ff. D. de sco. Silaniano 29, 5 käme höchstens noch l. 7 § 4, 5 D. de iurisd. 2, 1, Binding p. 304, 316 in Betracht; vgl. jedoch auch Luden, Handb., I. 246, Anm. 1, der in beiden Fällen keinen echten Rechtsirrtum annimmt). Selbst wenn wir (ohne dazu irgend genötigt zu sein) annehmen würden, dafs Ulpian den engeren technischen Dolusbegriff vor Augen gehabt habe, so ist doch diese *theoretische* Konstruktion eines einzelnen Juristen nicht geeignet, uns den versprochenen Beweis aus der römischen *Rechtsanwendung* zu erbringen, dafs der error juris wider die theoretische Ansicht der gesamten römischen Jurisprudenz vom Standpunkte des *materiellen* römischen Rechtes aus dem error facti völlig gleichgestellt war und sich, im Grunde betrachtet, nur durch sein besonderes Beweisrecht von dem letzteren unterschieden habe. — Vgl. noch die Titel de iuris et facti ignorantia in D. 22, 6, Cod. 1, 18; ferner Ulpian selbst in l. 11, § 4 D. de his qui not. inf. 3, 2. — Modestinus in Mos. et Rom. leg. coll. I. 12. — Berner, Imputationslehre, 63; Wirkungskreis 22 ff. Heinemann, Die Bindingsche Schuldlehre, 5, 73 ff. — Pernice, Labeo, II. ist in dieser Frage schwankend; während er p. 51 f. wiederholt betont, dafs sich ein Prinzip aus den Quellen nicht ableiten lasse, definiert er p. 67 f. den dolus als bewufste Schädigungsabsicht, setzt aber voraus, dafs damit schon das Bewufstsein der Rechtswidrigkeit gegeben sei.

Die Civilisten verlangen sehr häufig für den dolus das Bewufstsein der Rechtswidrigkeit der Handlung; doch sind unter diesen wieder viele, die mit den hier vertretenen Ansichten durchaus übereinstimmen; am klarsten tritt dies zutage bei Unger, System, II. 235: „Dagegen ist Dolus nicht vorhanden, wenn sich jemand in einem faktischen oder *Rechts*irrtum über die Natur der rechtsverletzenden Handlung befand, welcher in derselben nichts Rechtswidriges erkennen liefs: der Irrtum, welcher die Handlung als eine erlaubte erscheinen liefs, schliefst den Dolus aus, *dafern er nicht etwa blofs auf Unbekanntschaft mit dem gesetzlichen Verbot einer verpönten Handlung beruht.*" Unger denkt also zweifellos an solche Fälle, in denen der Rechtsirrtum einen Irrtum über den Thatbestand zur Folge hat (s. oben sub b i. f.). Ebenso sind wohl alle diejenigen zu verstehen, die gleichzeitig die (durchaus herrschende) Lehre von der „Unentschuldbarkeit" des Rechtsirrtums vertreten. Ziemlich deutlich auch Wächter, Pandekten, I. 353; Mommsen, Beiträge, III. 348. Dagegen jedoch anschliefsend an Binding: Burckhardt, l. c. 2, 17; Tichelaar, l. c. 28 f.

Von gröfstem Interesse ist es, mit dem gefundenen Resultate die Lehren des Aristoteles über diese Frage zu vergleichen. Um das Ergebnis gleich vorwegzunehmen, erscheint die Irrtumslehre des römischen Strafrechtes als eine mit feinstem juristischem Takte vorgenommene Uebertragung seiner ethischen Grundsätze auf das Recht; der Leser möge entscheiden, ob nicht der Anschein dafür spricht, dafs hier mehr als ein Zufall vorliegt. In der Eth. Nic. III. 2 wird ausgeführt: Was man aus Unwissenheit (*δι' ἄγνοιαν*) gethan, sei nicht gewollt, nicht freiwillig (*οὐχ ἑκούσιον*). Damit man von völliger Unfreiwilligkeit reden könne, verlangt der Philosoph, dafs der Thäter hinterher über den unerwarteten schlimmen Ausgang Leid empfunden habe (ein Postulat, das natürlich der Jurist fallen lassen mufs). Im übrigen sei zu unterscheiden, was man thue *δι' ἄγνοιαν*, aus Unkenntnis,

oder ἀγνοῶν, als ein Unwissender. Unter den letzteren Begriff faſst Aristoteles insbesondere *jede Unwissenheit über das, was man thun oder lassen soll, über die ethischen Normen, „über das Allgemeine“;* hier findet kein Ausschluſs der Freiwilligkeit statt; denn gerade diese Unwissenheit sei ein Merkmal der Schlechten,[b]) und deswegen werden diese getadelt.

Anders steht es mit einem Irrtum *über die einzelnen wesentlichen Momente, aus denen die That sich aufbaut,* die ἄγνοια καθ' ἕκαστα, ἐν οἷς καὶ περὶ ἃ ἡ πρᾶξις, .... ἐν τοῖς κυριωτάτοις, in unserer modernen juristischen Terminologie gesprochen: über die einzelnen Thatbestandsmomente; ein solcher Irrtum schlieſst die Freiwilligkeit aus. Die Beispiele sind dem entsprechend gewählt: jemand tötet seinen Sohn, den er für einen Feind hält; er will zeigen, wie es die Faustkämpfer machen, und schlägt den Gegner nieder (s. o. § 4, Note 33); oder er will den Mechanismus einer Wurfmaschine erklären und diese tötet; oder er will züchtigen und tötet. Die letzteren Beispiele pflegen wir heute nicht mehr unter die Irrtumslehre zu bringen, weil es hier ohne weitere Erklärung (Irrtum über die Kausalität des Thuns) für uns klar ist, daſs der zum Thatbestand gehörige Erfolg nicht gewollt war; auf sie bezieht sich wohl das οὗ ἕνεκα in der Zusammenfassung am Schlusse des Kapitels. Weitere treffende Beispiele: Ich halte die geschleuderte Lanze für abgerundet, den Stein für einen Bimsstein. — Die entscheidenden Stellen lauten im Original: ἀγνοεῖ μὲν οὖν πᾶς ὁ μοχθηρὸς ἃ δεῖ πράττειν καὶ ὧν ἀφεκτέον, καὶ διὰ τὴν τοιαύτην ἁμαρτίαν ἄδικοι καὶ ὅλως κακοὶ γίνονται· τὸ δ' ἀκούσιον βούλεται λέγεσθαι οὐκ εἴ τις ἀγνοεῖ τὸ συμφέρον. οὐ γὰρ ἡ ἐν τῇ προαιρέσει ἄγνοια αἰτία τοῦ ἀκουσίου ἀλλὰ τῆς μοχθηρίας, οὐδὲ ἡ καθόλου (ψέγονται γὰρ διά γε ταύτην), ἀλλ' ἡ καθ' ἕκαστα, ἐν οἷς καὶ περὶ ἃ ἡ πρᾶξις· ἐν τούτοις γὰρ καὶ ἔλεος, καὶ συγγνώμη. ὁ γὰρ τούτων τι ἀγνοῶν ἀκουσίως πράττει .... und nach Anführung der Beispiele: περὶ πάντα δὴ ταῦτα τῆς ἀγνοίας οὔσης ἐν οἷς ἡ πρᾶξις, ὁ τούτων τι ἀγνοήσας ἄκων δοκεῖ πεπραχέναι, καὶ μάλιστα ἐν τοῖς κυριωτάτοις· κυριώτατα δ' εἶναι δοκεῖ ἐν οἷς ἡ πρᾶξις καὶ οὗ ἕνεκα. — Der ἄγνοια καθόλου, dem Irrtum über die ethischen Normen, entspricht der error iuris, dem Irrtum über die wesentlichen Thatumstände der error facti des römischen Rechts; und zwar finden wir diese Übertragung auf das Rechtsgebiet samt der durch die Billigkeit diktierten Ausnahme für jene, die nicht in der Lage waren, das Gesetz kennen zu lernen, ebenfalls schon bei Aristoteles in einer Stelle, die geltendes griechisches Recht zu referieren scheint: Eth. Nic. III. 7, 1113 b, Z. 33 ff: καὶ τοὺς ἀγνοοῦντάς τι τῶν ἐν τοῖς νόμοις, ἃ δεῖ ἐπίστασθαι καὶ μὴ χαλεπά ἐστιν, κολάζουσιν, ὁμοίως δὲ καὶ ἐν τοῖς ἄλλοις, ὅσα δι' ἀμέλειαν ἀγνοεῖν δοκοῦσιν, ὡς ἐπ' αὐτοῖς ὂν τὸ μὴ ἀγνοεῖν. Vgl. auch eod. V. 10, 1135 a, Z. 16 ff., und über den Richter, der unwissentlich falsch richtet, eod. V. 12, 1136 b, Z. 32 ff.

## Anhang VII. Culpa lata; lascivia, luxuria, cupiditas.

Der Begriff der culpa lata, aller Wahrscheinlichkeit nach aus dem Privatrechte in das Strafrecht herübergenommen, wird allgemein als ein für beide Gebiete gleicher gefaſst; in der That giebt es meines Wissens keinen wesentlichen Unterschied. Wenn ich im Folgenden mich trotzdem,

b) Hier scheint mir Aristoteles in die von ihm sonst bekämpfte Sokratische Lehre zu verfallen, dafs die Tugend in dem *Wissen* des Guten bestehe.

soweit es geht, auf strafrechtliche Fälle beschränken werde, so geschieht dies deshalb, weil es sich um die Abgrenzung gegen den Dolusbegriff hin handelt, der nach meiner Ansicht (s. o.) allerdings im römischen Strafrechte ein anderer ist, als im Privatrechte.

Die im Texte vertretene Auffassung der culpa lata als eines höheren Grades von Fahrlässigkeit ist die althergebrachte, herrschende. Man beruft sich für dieselbe jetzt allgemein auf das Hauptwerk von Hasse, dessen Ansicht an die römischen Schulddefinitionen anschliefst und etwa folgendermafsen wiedergegeben werden kann (vgl. l. c. p. 85 ff.): Das Merkmal der culpa lata ist der *Vorwand*[a]) nicht zu wissen was alle wissen, nicht zu sehen was jedermann sieht; also eine *wissentliche* Herbeiziehung (oder Nichtverhinderung) der Gefahr, aber jedenfalls *ohne den Willen zu schaden;* doch gehören auch die Fälle hierher, wo man die Gefahr (oder das Mittel sie zu hintertreiben) zwar wirklich *nicht bemerkt*, aber dieselbe doch so augenscheinlich war, dafs wohl jeder andere sie bemerkt haben würde. Gemeinsam ist etwas Schlechtes, Verwerfliches, das darin liegt, dafs man gegen den Schaden anderer in hohem Grade *gleichgiltig* sein mufs, um so vorgehen zu können. Ähnlich Mommsen, Beiträge, III. 347 ff. und Erörterungen, II. 196 ff.; Unger, System d. österr. Privatr., II. 240. Von einem *quellenmäfsigen* Beweis dafür, dafs Gleichgiltigkeit gegen die *gekannte* Gefahr als culpa bezeichnet worden sei, ist mir nichts bekannt; auch Mommsen scheint sich in gleicher Lage befunden zu haben, sonst hätte er sicherlich Erört. II. 203 f. sich auf die Quellen berufen.[b]) Diese Stelle ist überhaupt ein sehr schönes Beispiel dafür, wie man alles mögliche in die Quellen hineinphilosophieren kann. Ich behaupte mit keinem Worte, dafs die culpa lata unmöglich jene Bedeutung gehabt haben könne; aber ich finde keinen historisch richtigen Beweis, dass sie jene Bedeutung wirklich gehabt habe; und da halte ich es doch für das sicherste, wenn wir den Schuldefinitionen der Römer bis auf weiteres vertrauen, und das culpa lata est, *non intellegere* quod omnes intellegunt schlicht und einfach acceptieren. Vgl. Pernice, Labeo, II. 386 ff., 420 ff.; Windscheid, Pand., § 101, bes. Noten 7 u. 10; Burckhardt l. c. 8 ff., 134 ff.; Regelsberger, Pand., I, 647 f., 650. Da auch die Vertreter der ersteren Richtung nur an Fälle denken, die sie als bewufste culpa klassifizieren, *so ist es durchaus herrschende Lehre, dafs die culpa lata ihrem Namen entsprechend die höchste Stufe der Fahrlässigkeit darstelle.*

Gegen diese Lehre ist Binding aufgetreten und hat den *quellenmäfsigen* Beweis ihrer gänzlichen Verkehrtheit angetreten; er vertritt eine zuerst ähnlich von Löhr vorgebrachte Lehre (vgl. auch Heusler, De ratione etc. 31 ff. und Puchta, Pand., § 265, dessen Formulierung von grofsem Einflufs auf B. war), aber mit solcher Eindringlichkeit und meines Erachtens so ungleich tüchtiger als Löhr, dafs es genügt, sich seinen Ausführungen allein zuzuwenden.

---

[a]) Eine ältere Ansicht hatte behauptet, die culpa lata sei ein unvollständig bewiesener dolus. Nachklängen davon werden wir noch begegnen. Vgl. Alciatus in l. 226 D. de verb. sign. 50, 16 (opp. ed. Lugd. 1560, III/2, p. 280), num. 3. Magna vero vel lata culpa dolus est, intellige *praesumptus*. Nam *vero dolo* lata culpa solum proxima est. So schon Bartolus in l. 32 D. depos. 16, 3, num. 15. S. Binding, Normen II, 342; Mommsen, Erörterungen II, 206. Übersicht der verschiedenen Theorieen bei Burckhardt l. c. 4 ff.

[b]) Über die verunglückte Ausbeutung des Wortes „finis“ s. o. Anm. 86.

Bindings Beweisführung hat im ganzen Aufbau grofse Ähnlichkeit mit seiner im vorigen Anhang besprochenen Argumentation; auch hier will er — und das ist ja methodisch durchaus korrekt — aus der römischen *Rechtsanwendung* den Beweis führen, dafs die den Römern geläufige Definition falsch abstrahiert war; auch hier soll hinter den allgemeinen Sätzen, die sich als materiellrechtliche geben, nichts weiter stecken, als ein prozessualer Beweissatz (379 f.). Der herrschenden Lehre stellt er folgende Sätze gegenüber: Die culpa lata des römischen Rechtes ist keine höhere Stufe der culpa; sie hat vielmehr mit dem *dolus* die Merkmale der voluntas und der scientia gemein (also nach B. auch das Bewufstsein der Rechtswidrigkeit!). Aber der Dolus sei im römischen Recht infolge eines Zusatzes von Unsittlichkeit nicht als reiner Rechtsbegriff gefafst worden; es habe sich nun das Bedürfnis nach einer Reaktion auch für solche Fälle herausgestellt, wo eine im übrigen dolose Schädigung, jedoch ohne diesen Beisatz ethischer Verwerflichkeit vorlag; dieser reinere Rechtsbegriff sei als culpa lata bezeichnet worden: „*Was die culpa lata vom dolus unterscheidet, ist stets der Mangel des gemeinen Motives, noch richtiger vielleicht der Mangel an feindseliger Gesinnung gegen das Recht*“ (346).

Ich finde, dafs das zwei ganz verschiedene Dinge sind; aber vielleicht täusche ich mich; denn ich mufs gestehen, dafs ich es nicht gewagt habe, die *bewufste Auflehnung gegen die Rechtsnorm* — das ist ja Bindings Vorsatzbegriff — *bei gleichzeitigem Mangel an feindseliger Gesinnung gegen das Recht,* zum Zwecke genauerer Untersuchung in meine derben Hände zu nehmen, aus Furcht, das zarte Ding könnte dabei Schaden leiden. Auch schien es unnötig, da diese zweite Formulierung von B. nur vorübergehend verwendet wird, um zu begründen, warum der impetus von den Quellen trotz des achtungswerten Beweggrundes zum dolus gezählt wird: der Impetuose dürstet nach Rache, nach dem Blute des Opfers, *nach dem Verbrechen als solchem*, sein Affekt macht ihm die verbrecherische That ganz besonders wertvoll! Im weiteren Verlaufe der Arbeit tritt dann durchaus die erstere Formulierung in den Vordergrund. Auch dabei liefse sich gegen die Abgrenzung des nicht gemeinen Motives manches einwenden; so z. B. wird auf Seite 362 gelegentlich der Interpretation von l. 14 D. de liberat. leg. 34, 3 — einem Schuldner ist von dem verstorbenen Gläubiger die Schuld testamentarisch erlassen worden; der Erbe, der dies weifs, treibt ante aditam hereditatem rasch noch die Schuld ein — folgendes ausgeführt: „Es liegt also hier *ein absichtliches Manöver vor, um den Willen des Erblassers zu umgehen.*“ Da der Jurist darüber sagt: *dolo proximum* erit ideoque repeti potest, so mufs nun auch Binding hier auf Mangel eines gemeinen Motives erkennen und das ganze als culpa lata *aus nicht ehrenrührigem Eigennutz (!)* erklären.[c]) Das scheint mir doch ein dunkler Ehrenmann zu sein.

Anders wieder formuliert Binding seine Ansicht im „Grundrifs“ p. 91: „Dem dolus malus aber ist aufserdem *Gemeinheit des Motives* oder mindestens (sic!) *das Wollen der Widerrechtlichkeit um ihrer selbst willen* wesentlich. Das bewufste Wollen der Rechtswidrigkeit ohne solches Motiv .... ist nur culpa lata, lascivia, luxuria“. Die letztere Wendung ist, wenn ich sie recht verstehe, noch viel bedenklicher, als die in den „Normen“ gebrauchte und insbesondere nicht geeignet, den impetus zu decken. Will

[c]) Damit entfernt sich Binding am weitesten von Löhr, bei dem die Gewinnsucht gerade für den dolus charakteristisch ist; vgl. Theorie d. Culpa 14.

denn der Zornige seine Widerrechtlichkeit um ihrer selbst willen, oder um durch sie seinem Gemüte genug zu thun? Steht es nicht ganz genau ebenso bei demjenigen, der eine Widerrechtlichkeit begeht, um seinem erregten Mitleide nachzugeben? (ein Hauptbeispiel B.s für culpa lata). — Aber auch der Raubmörder will ja den Tod seines Opfers nicht um des Todes (oder der darin liegenden Widerrechtlichkeit) willen, sollte das den Tötungsdolus ausschliefsen? (vgl. Binding, Normen, II. 440 f.).

Indes dürfen wir auf derartige Bedenken auch nicht allzuviel Gewicht legen. Oft genug hat es ja der Historiker mit Begriffen zu thun, die so vag und verschwommen gedacht, fast möchte man sagen gefühlt waren, dafs sie einer präzisen Formulierung spotten. Wir müssen also die Belege sorgfältig nachprüfen.

Was die von Binding für seine Ansicht angeführten *privatrechtlichen* Stellen betrifft, so sagt die Mehrzahl derselben mit keinem Worte, dafs der erzählte Thatbestand unter die culpa lata zu subsumieren sei; es wird nur mit Rücksicht auf das bessere Motiv die Bezeichnung des dolus vermieden (um die Rechtsfolge der Infamie zu umgehen? So Windscheid § 101, A. 6; Ihering, Schuldmoment, 51 f. u. a. m. — Dagegen Pernice, Labeo, II. 427 f.). Hierher gehört z. B. l. 7 § 7, D. de dolo malo, 4, 3; auch das dolo proximum der l. 7, pr. D. depos. 16, 3 läfst sich zur Not noch hierherziehen, obwohl es schon sehr an die culpa lata dolo proxima gemahnt. In diesem Sinne ausführlich gegen Bindings Interpretationen: Pernice l. c. 393 u. passim.; Burckhardt, 8 ff.; vgl. Hasse, Culpa, 75 ff.; Windscheid, Pand. a. a. O. — Eine Stelle jedoch läfst thatsächlich eine Erklärung in diesem Sinne nicht zu, u. zw. Ulpian in l. 8, § 10, D. mand. 17, 1. Es handelt sich um den Auftrag, einen Sklaven zu kaufen. Sed et si *dolo* emere neglexisti (forte enim pecunia accepta alii cessisti ut emeret) aut si *lata culpa* (forte si gratia ductus passus es, alium emere), teneberis. Windscheid gibt auch zu, dafs in diesem Falle der Ausdruck culpa lata zur Bezeichnung einer Arglist ohne gemeines Motiv verwendet wird, meint aber „der Versuch, nachzuweisen, dafs der Ausdruck *nur* diesen Sinn habe, führt Binding zu Interpretationen, die, wie mir scheint, gewaltsam oder geradezu unmöglich sind“ (Pand. § 101, A. 10; ähnlich Dernburg, Pand., I. (4. Aufl.), 201 f.; Regelsberger, Pand. I. 647 f., 650; vgl. schon Puchta, Pand., §§ 265 a. E., 266. — Auch Tichelaar, Begrip en toepassing, ist hierherzurechnen; er nimmt mit Binding an, dafs das Moment der Unsittlichkeit zum Begriffe des dolus malus gehört habe; was infolge dessen aus dem Dolus ausschied, sei zur culpa lata gestellt worden, deren ursprüngliche und hauptsächliche Bedeutung jedoch die der schweren Fahrlässigkeit blieb; doch erklärt dieser Autor selbst, dafs ein ähnlicher Fall (wo ein nach unseren Begriffen bewufst unrechtmäfsiges Handeln zur culpa lata gerechnet würde) auf dem Gebiete des *Strafrechts* nicht vorkomme, s. p. 41 f.

Die Civilisten, unter denen Binding bisher meines Wissens keinen Anhänger hat, mögen diesen Streit endgiltig austragen, denn nur für sie hat die Abgrenzung des civilistischen Dolusbegriffes ein unmittelbares Interesse. Ich möchte dazu nur eines bemerken: In allen citierten civilistischen Fällen ist es für die Hauptsache, den Schadenersatz, ganz gleichgiltig gewesen, ob man dolus, ein dolo proximum, oder culpa lata annimmt; die Haftung bleibt ja die gleiche, im ärgsten Falle wird eine actio in factum gegeben (wie in l. 7, § 7 de dolo cit.). Da hatten es die

römischen Juristen, die sich von theoretischen Skrupeln nicht viel plagen liefsen, gar leicht, aus irgendwelchen humanen Rücksichten das harte Wort zu vermeiden. Ganz anders auf kriminalistischem Gebiete, wo der Dolus Voraussetzung der öffentlichen Haftung war. Fänden wir hier Fälle einer offenbar absichtlichen Schädigung, die als culpa lata behandelt wird, dann könnte von einer theoretischen Nonchalance der Autoren nicht mehr die Rede sein.

Die erste strafrechtliche Stelle begegnet uns bei Binding auf S. 350: Soldaten lassen den ihnen zur Bewachung übergebenen Gefangenen laufen: *si miseratione* custodiam quis dimiserit, militiam mutat; *fraudulenter* autem si fuerit versatus in dimittenda custodia, vel capite punitur, vel in extremum gradum militiae datur. (Modestinus in l. 14, § 2 D. de custod. reor. 48, 3). Binding sieht in der ersten Alternative einen Beleg für seinen Satz, dafs „rechtswidriger Vorsatz aus Mitleiden den dolus malus ausschliefst und culpa lata begründet“. Ich sehe weiter nichts, als dafs mit Rücksicht auf das menschlich schöne Motiv die Strafe herabgesetzt wird. Eine solche Berücksichtigung des Motives ist gerade im römischen Militärstrafrecht nicht selten: man vergleiche den Katalog von besseren Motiven in der oben Anm. 82 abgedruckten l. 6, § 7 D. re milit. 49, 16 (Binding, p. 350). So wenig man dort aus dem Grunde, weil die Strafe herabgesetzt wird, annehmen darf, dafs in allen Fällen der dolus ausgeschlossen ist (bezüglich des impetus stimmt Binding damit ausdrücklich überein), so wenig darf man bei unserer Stelle diesen Schlufs wagen; einen anderen Anhaltspunkt für die Annahme der culpa lata bietet dieselbe durchaus nicht. Vgl. Pernice l. c. 393; Burckhardt, Sinn u. Umfang, 140.

Weitere strafrechtliche Fälle behandelt Binding auf S. 366 ff. unter der Überschrift: „Rechtswidriger Vorsatz aus Übermut, lascivia, luxuria, ist nicht dolus malus, sondern culpa lata.“ Zunächst wird angeführt die l. 1 § 2 D. si is qui testamento, 47, 4; es handelt sich dabei allerdings nur um eine *Privat*pönalklage auf das duplum, gerichtet wider den testamentarisch Freigelassenen, der die Erbschaftsmasse beschädigt hat. Ulpian sagt: Non alias tenebitur iste libertus, quam si *dolo* quid dissipasse proponatur culpa autem neglegentiaque servi post libertatem excusata est, sed *culpa dolo proxima dolum repraesentat.* proinde si quid damni dedit sine dolo, cessabit ista actio, etc. Ich kann diese Stelle nicht anders auffassen, als dafs der Sklave für dolose Beschädigung haftet, für kulpose nicht, nur dafs die culpa lata wie so oft dem dolus gleichgestellt wird; irgend einen Anhaltspunkt für Bindings Ansicht, dafs es sich bei dieser culpa lata um ein dissipare „mit Absicht und Willen“ handle (p. 355), kann ich nicht entdecken; vgl. Pernice l. c. 389 f.

Die römischen Juristen entscheiden übereinstimmend (s. Gaius, Inst. III, 202 = § 11 Inst. de oblig. quae ex delict. 4, 1; l. 27 § 21 D. ad leg. Aquil. 9, 2; l. 50 § 4 D. de furt. 47, 2 u. a. m.), dafs zwar furtum vorliegt, wenn ich jemandem Geld aus der Hand schlage (oder sein Vieh scheuche), damit es meinen Spiefsgesellen in die Hände falle; nicht aber dann, wenn ich *aus blofsem Übermut* (lascivia, lusus perniciosus) die gleichen Handlungen vornehme (von culpa lata ist dabei nirgends die Rede; indes will ich diesen Umstand hier nicht urgieren). Richtig ist, dafs die Stellen ganz deutlich den dolus als durch die lascivia ausgeschlossen betrachten. Binding sagt p. 369: „Im mildesten Falle, wenn der Thäter die Tiere auseinandersprengt nicht gerade in der Absicht, dafs sie verloren gehen

sollen, ist die lascivia immer noch eine mutwillige Freude an der That, welche um ihrer Befriedigung willen den verletzenden Charakter derselben in den Kauf nimmt. Die Handlung ist unerlaubt, das sieht der Thäter ein: und für den verletzenden Erfolg, zu dem sie führt, ist — wenigstens *nach Aussage des Kriminalisten* [sic! *des römischen?*] — dolus eventualis vorhanden."

Ich will die Erörterung dieses dolus eventualis der nächsten Stelle aufsparen, und nehme den „schwersten Fall" an, der Thäter habe den Schaden geradezu beabsichtigt; ferner stelle ich es der Phantasie des Lesers anheim, an Stelle der relativ harmlosen lascivia sich das gemeinste und niederträchtigste aller Motive zu denken: so wird die Entscheidung noch immer die gleiche bleiben. Denn das römische furtum ist ja ein *Aneignungsdelikt*, eine „*contrectatio* rei fraudulosa lucri faciendi gratia (l. 1 § 3 D. h. t. vgl.: fur est, qui dolo malo rem alienam contrectat; Paulus, sent. II. 31, 1). Wer mir aus noch so niederträchtigen Motiven mein Geld aus der Hand schlägt, damit es in das Meer falle, der will den Thatbestand des furtum *nicht* verwirklichen, er hat keine Aneignungsabsicht. Und es fehlt ihm überdies auch das spezielle Erfordernis des römischen furtum, der animus lucri faciendi (vgl. darüber auch Ullmann, Dolus b. Diebst., 13 ff.; Hasse, Culpa, 75 ff.). Daſs in unseren Fällen die lascivia der Schädiger erwähnt wird, ist juristisch ganz zufällig und hat bloſs insofern eine gewisse illustrative Bedeutung, als sie den Mangel des animus furandi zu greifbarer Anschaulichkeit bringt. Es ist kaum nötig, diese selbstverständlichen Ausführungen zu belegen. Indes sei zur Vollständigkeit noch auf zwei Stellen hingewiesen. Paulus sagt in l. 54 D. furt. 47, 2: Qui *iniuriae causa* ianuam effregit, quamvis inde per alios res amotae sint, non tenetur furti: nam maleficia voluntas et propositum delinquentis distinguit. Hier dürfte wohl niemand „Mangel an feindseliger Gesinnung gegen das Recht" finden. Den richtigen Gesichtspunkt hebt Ulpian in der ganz allgemein gehaltenen l. 41 § D. ad leg. Aqu. 9, 2 hervor, wo er sagt, von Diebstahl könne nicht gesprochen werden, si non animo furti faciendi, sed tantum damni dandi delevit (sc. tabulas). — Zugleich ergibt sich uns, daſs wir über das bei der lascivia vorausgesetzte Schuldverhältnis aus diesen Stellen nicht den geringsten Anhalt gewinnen können; denn die Entscheidung muſs die gleiche bleiben, ob nun Absicht, Wissentlichkeit oder schwere Fahrlässigkeit vorliegt. Ganz sicher aber können wir sagen, daſs *nicht* mit Rücksicht auf das Motiv der lascivia der dolus ausgeschlossen wird; er ist vielmehr, auch ganz abgesehen davon, für keine irgend denkbare Auffassung vorhanden.

Entscheidend ist die Auslegung der nun folgenden Hauptstellen.

Cum quidam *per lasciviam* causam mortis praebuisset, comprobatum est factum Taurini Egnatii proconsulis Baeticae a divo Hadriano, quod eum in quinquennium relegasset. Verba consultationis et rescripti ita se habent: „Inter Claudium, optime imperator, et Evaristum cognovi, quod Claudius Lupi filius in convivio, dum sago iactatur, culpa Marii Evaristi ita male acceptus fuerit, ut post diem quintum moreretur. Atque apparebat, nullam inimicitiam cum eo Evaristi fuisse. sed *cupiditatis culpam* coercendam credidi, ut ceteri eiusdem aetatis iuvenes emendarentur. Ideoque Mario Evaristo urbe, Italia et provincia Baetica in quinquennium interdixi, et decrevi ut impendii causa H. S. duo milia patri iuvenis persolveret Evaristus, quod manifestata erat eius paupertas. Velis rescribere." Verba rescripti: „Poe-

nam Marii Evaristi recte, Taurine, moderatus es ad modum culpae: refert enim et in maioribus delictis, consulto aliquid admittatur, an casu.“ (Ulpian in Mos. et Rom. leg. collat. I. 11; vgl. l. 4, § 1. D. ad l. Corn. de sic. 48, 8).

Binding interpretiert p. 370 f.: „Man hatte bei einem Gastmahle den Claudius, kaum einen der Tischgenossen — denn sein Vater ist ein armer Mann — zur Erheiterung der Gäste auf einem Kriegsmantel geprellt oder gewippt. Durch die Schuld des Marius wurde er so schlecht behandelt, wahrscheinlich so schlecht wieder aufgefangen, dafs er nach dem fünften Tage starb. Dafs die erwähnte culpa nicht eine Unabsichtlichkeit oder ein Versehen des Marius bezeichnet, beweist ein doppelter Umstand. Culpa wird gleich darauf mit cupiditatis culpa identifiziert: cupiditas ist das heftige Verlangen, die leidenschaftliche Absicht etwas zu erreichen.[d]) Ferner aber mufs das Verfahren des Marius derart gewesen sein, dafs man zweifelhaft sein konnte, ob es nicht gradezu einer feindseligen Absicht gegen den Claudius entsprungen war, ein Zweifel, der bei einem einfachen Versehen kaum entstehen konnte“ (? ? — Das alles schliefst B. daraus, dafs die Stelle sagt: atque *apparebat,* nullam inimicitiam cum eo Evaristi fuisse!)

„Dies verbunden mit dem Ausdrucke Ulpians, es habe Marius die *Ursache* des Todes des Claudius per lasciviam gesetzt (?) und mit der bisher festgestellten Bedeutung der lascivia ergibt für mich wenigstens als zweifellos, dafs Marius aus Frivolität irgend eine Veranstaltung getroffen hat, damit der Claudius recht schlecht niederfalle: sei's nun, dafs er das Fallen des Claudius auf die Erde oder auf irgend einen harten oder gar spitzen Gegenstand, den er unterhielt, bewirkte. Bei dieser Handlung fehlte die feindselige Tötungsabsicht und war vorhanden die Absicht, dafs der Gewippte sich irgendwie wehe thue oder Schaden leide.“ (Das alles ist nicht unmöglich; aber ich kann es in der Stelle nicht angedeutet finden. Vgl. den treffenden Ausspruch von Pernice l. c. 381 f., Anm. 17: „Ich gestehe, dem Fluge dieser Staatsanwaltsphantasie nicht folgen zu können.“) Binding fährt fort: „Über den Rest des Willens des Marius herrscht in den Quellen, herrschte vielleicht in seinem eigenen Bewufstsein keine volle Klarheit. Möglich, dafs er sich den schlimmen Ausgang vorstellte, und ohne ihn direkt zu beabsichtigen ihn doch in den Kauf nahm, um seine Lust nur nicht ungebüfst zu lassen (*eventueller Dolus* mit Bezug auf den eingetretenen Tod); am wahrscheinlichsten, dafs er nicht darüber reflektierte, wie verschiedenartige Erfolge aus seinem Handeln resultieren könnten, und dafs er deshalb seine Absicht mit Bewufstsein nur auf Setzung der Ursache richtete (der Kriminalist [!] würde hier von *generellem Dolus* sprechen); am unwahrscheinlichsten, dafs der leidenschaftlich Erregte sich die Möglichkeit tötlichen Ausgangs vorstellte, die Herbeiführung desselben aber mit Bewufstsein aus seiner Absicht ausschlofs: er handelte dann animo injuriandi und daran schlofs sich eine kulpose Tötung (Konkurrenz von injuria, nach unserer Vorstellung vollendeter Körperverletzung, und kul-

---

[d]) Ich übersetze die cupiditas einfach mit „Leidenschaftlichkeit, Zügellosigkeit“ s. o. Anm. 79); der Ausdruck Ulpians: cum quidam *per lasciviam* causam mortis praebuisset, ist dann nur eine Umschreibung dieser cupiditas. Binding ist genötigt anzunehmen (Culpose Verbrechen I, 5), dafs jenes Stück des Berichtes, auf das sich das Ulpianische dictum bezieht, also gerade das wichtigste, ausgefallen sei. Vgl. Pernice l. c. 381, Anm. 15. — *Jedenfalls bezog sich die „leidenschaftliche Absicht“ des Evaristus nicht auf den Tod des Claudius, was, wie wir sehen werden, entscheidet.*

poser Tötung). Es ist dies die denkbar mildeste Gestaltung der Handlungsweise."

Bis auf die willkürliche Annahme der auf Körperverletzung gerichteten Absicht erscheint mir dieser letztere Teil der Auslegung als sehr richtig; nur halte ich die noch mildere Auffassung, dafs nichts als ein hoher Grad unbewufster Fahrlässigkeit vorliegt, nicht für ausgeschlossen. Im weiteren weist Binding mit Recht darauf hin, dafs in der Entscheidung des Kaisers der Fall unter den strafrechtlichen Begriff des casus gebracht und dafs die Bestrafung nur aus Präventionszwecken gerechtfertigt wird.

Dafs unser Fall nicht als dolose Tötung behandelt wird, läfst sich *nach Binding nur dadurch erklären, dafs bei dem Thäter kein niedriges Motiv mitwirkt.* Denn nach Aussage „des Kriminalisten" liegt ja mit Bezug auf den eingetretenen Tod *eventueller* oder *genereller* Dolus vor, oder aber *Konkurrenz von injuria und kulposer Tötung.*

*Nun liegt im letzteren Falle ganz gewifs der von der lex Cornelia geforderte animus occidendi nicht vor,* die Anwendung derselben ist daher aus *diesem* Grunde von vornherein ausgeschlossen, ohne jede Rücksicht auf das Motiv des Thäters.[e]) Und *ganz das gleiche gilt auch für die schwerste von Binding für möglich gehaltene Auffassung. Denn jener abstrakte „Kriminalist", nach dessen Aussage hier eventueller oder genereller Dolus vorliegen soll, ist eben kein Römer. Niemals hat ein römischer Jurist diese verkünstelten Begriffe dem Namen oder der Sache nach gekannt;* der sprachliche Ausdruck und die Rechtsanwendung der Quellen weisen mit einer jeden Zweifel ausschliefsenden Deutlichkeit darauf, dafs nur der Dolus directus specialis „des Kriminalisten" (nach meiner Terminologie: *Absicht*) dem dolus des klassischen römischen Strafrechts entspricht; auch Binding hat niemals etwas anderes behauptet, ja er hat diesen Satz selbst vertreten und vertritt ihn auch hier eben durch die unbewufste Vertauschung der beiden „Kriminalisten". Wir werden das sogleich noch viel handgreiflicher sehen. Die Entscheidung der Stelle müfste also ganz die gleiche sein, wenn die Thäter von den niederträchtigsten Motiven geleitet gewesen wären: ohne animus occidendi keine Subsumtion unter die lex Cornelia!

Will Binding uns seinen Satz erweisen, dann mufs er doch aus der römischen Rechtsanwendung ein Beispiel vorführen, *in dem trotz des Vorhandenseins von „animus occidendi", „animus furandi" etc. der dolus malus als nicht vorhanden angenommen wird;* dann erst werden wir ihm zugestehen müssen, dafs der römische Dolusbegriff durch die absichtliche Verwirklichung des Deliktsthatbestandes nicht erschöpft ist.

Als nächste Belegstellen führt Binding an:

Paulus in l. 7 D. ad leg. Corn. de sic. 48, 8. In lege Cornelia dolus pro facto accipitur. neque in hac lege culpa lata pro dolo accipitur. quare si quis alto se praecipitaverit et super alium venerit eumque occiderit, aut putator, ex arbore cum ramum deiceret, non praeclamaverit et praetereuntem occiderit, ad huius legis coercitionem non pertinet.

Idem, Sent. 5, 23, 12. Si putator ex arbore cum ramum deiiceret, non proclamaverit, ut vitaretur, atque ita praeteriens eiusdem ictu homo perierit, etsi in legem non incurrit, in metallum tamen datur.

---

e) Vgl. die scharfe Trennung dieses Konkurrenzfalles von dem animus occidendi bei Binding, culpose Verbrechen I, 7—9. S. auch u. S. 107 das Citat aus den „Normen" II, 373.

Binding interpretiert p. 373: „*Da der putator der lex Cornelia nicht zum Opfer fällt, so hat er jedenfalls nicht animo occidendi gehandelt.*" [Sehr richtig! Aber mir nicht verständlich, wie B. das sagen kann; wie wenn der Mann zwar animo occidendi gehandelt hat, aber aus nicht gemeinem Motiv, z. B. Übermut?] „Die nähere Gestaltung des Falles ist leicht durch" [hier ist ein Theil des Satzes im Druck ausgeblieben; ich vermute: „die Analogie mit dem vorigen"] „zu erkennen: der Thäter handelt weder unabsichtlich noch geradezu mit animus occidendi; *wohl aber sieht er den Menschen unten und wirft ihm den Ast auf den Kopf.* Ulpian hätte auch hier sagen können: „per lasciviam eum causam mortis praebuisse". [Staatsanwaltsphantasie! Ich sehe für alles das nicht den geringsten Anhaltspunkt; vgl. Pernice l. c. 388]. „Nun aber beginnt dieselbe Unklarheit wie oben bei dem Falle der lascivia in l. 4 § 1 D. 48, 8 ad leg. Cornel.. Entweder tötet der putator mit *eventuellem* Tötungsdolus, wahrscheinlicher mit *generellem Körperverletzungs- und Tötungsdolus,* allenfalls, und es ist dies der unwahrscheinlichste Fall, liegt *Konkurrenz* von injuria (doloser Körperverletzung) und kulposer Tötung vor. Nur im letzten unwahrscheinlichsten Falle findet eine Ausdehnung des Begriffes der lascivia und culpa dolo proxima über die bisher [von Binding] als alleinherrschend gefundene Auffassung der culpa lata [= *Vorsatz,* ohne gemeines Motiv] statt: allein in das Bereich der Fahrlässigkeit tritt sie auch jetzt noch nicht ein.[1]) Es ist indessen bei der Vorliebe der Römer, aus einzelnen starken Indizien sichere Schlüsse zu ziehen, zu behaupten, dafs sie den Einwand des putator: „ich wollte gewifs nicht, dafs der Getroffene am Leben beschädigt werde", durch den Hinweis auf seine Handlung zurückgewiesen und erwidert hätten: wir glauben, *dafs du nicht handeltest um zu töten; allein du bewiesest eine völlige Gleichgiltigkeit gegen guten oder schlimmen Ausgang (also dolus eventualis nach heutiger [!!] Auffassung) und deshalb versiertest du in lata culpa.* Dann verläfst die römische culpa lata in keinem Falle das Gebiet dessen, was nach *richtiger [!!]* Einsicht zum Vorsatze gehört."

Ich will über die höchst gewagte thatsächliche Feststellung Bindings nicht weiter streiten; ich will auch übersehen, dafs in beiden Stellen — wenigstens für mein Ohr — nicht der leiseste Anklang an lascivia oder ein anderes „nicht gemeines" Motiv vorhanden ist. Aber das gibt Binding ja selbst zu, dafs der putator jedenfalls *nicht* handelte, um zu töten; wer aber unter die lex Cornelia fallen soll, mufs gehandelt haben, „ut occidat", „hominis necandi causa".

Es ergibt sich also bei der belastendsten Interpretation des Sachverhaltes aus der Entscheidung nur der eine uns wohlbekannte Satz, dafs die Römer all das, was nach der „richtigen" „heutigen" Auffassung „des" Kriminalisten dolus eventualis, dolus generalis ist, eben nicht als dolus betrachtet haben. Ganz natürlich! Ihnen war das dolose Delikt das *gewollte* Delikt; „voluntas, velle ist dolus" (Binding, Normen, II. 283); dafs man auch ungewollte Erfolge wollen könne, hatten sie noch nicht herausgebracht! Eines ist jedenfalls sicher: auch diese beiden Stellen sind nicht im entfern-

[1]) Dieser Satz ist mir ganz unverständlich, da Binding die Existenz von Zwischenstufen zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit leugnet (vgl. Normen II, 187). Ubi locorum befindet sich demnach jenes Gebilde, das aus dem Gebiete des Vorsatzes ausgetreten, in das Bereich der Fahrlässigkeit noch nicht eingetreten ist, dabei aber sicherlich auf dem Gebiete der Schuld sich bewegt?

testen geeignet, für die Behauptung, dafs der Dolus durch das nicht gemeine Motiv ausgeschlossen werde, irgend etwas zu ergeben.

Die nächste Gruppe behandelt die luxuria oder lascivia bei der *Brandstiftung.*

Marcianus in l. 11 D. de incend. 47, 9. Si *fortuito* incendium factum sit, venia indiget, nisi *tam lata culpa* fuit, ut *luxuria* aut *dolo sit proxima.*

Ulpian in Collat. 12, 5 (gekürzt in l. 12 § 1 D. h. t.) Incendiariis lex quidem Cornelia aqua et igni interdici iussit: sed varie sunt puniti. nam qui *data opera* in civitate incendium fecerint, si humiliore loco sint, bestiis subici solent: si in aliquo gradu, et Romae id fecerint, capite puniri; aut certe (deportationis poena?) adficiendi sunt, qui haec committunt. sed ei, qui *non data opera* incendium fecerit, plerumque ignoscitur, nisi *in lata et incauta neglegentia vel lascivia* fuit.[g])

Beide Stellen sprechen für jeden Unbefangenen klar und deutlich gegen die Bindingsche Auffassung; wer wollte den römischen Juristen eine so unerhörte Sprachplumpheit zumuten, dafs sie „Vorsatz mit Abzug des gemeinen Motives“ durch die Worte fortuito, non data opera, lata et incauta neglegentia, bezeichnen? (Vgl. Pernice l. c. 383 f.) Indes auch hier schafft Binding Rat. Für die Erkenntnis der römischen Brandstiftung sei von jenen Stellen auszugehen, die sich über dieses Delikt am vollständigsten und eingehendsten aussprechen, und das seien:

1. Paulus, Sent. 5, 20 (vgl. Collat. 12, 5). Incendia si qui in oppido *praedandi causa* faciunt, (facile) capite puniuntur. qui casam aut villam *inimicitiarum gratia* incenderunt, humiliores in metallum aut in opus publicum damnantur, honestiores in insulam relegantur. *fortuita* incendia .... datum damnum aestimatione sarciatur.

2. Callistratus in l. 28 § 12 D. de poen. 48, 18. Incendiarii capite puniuntur, qui *ob inimicitias* vel *praedae causa* incenderint intra oppidum: et plerumque vivi exuruntur. qui vero casam aut villam, aliquo lenius. nam fortuita incendia ..... civiliter exercentur vel modice vindicantur.

Hier haben wir in der That zwei verwerfliche Motive genannt: ob inimicitias, praedae causa. Wächter in der sogleich zu nennenden Abhandlung hat ausgeführt, dafs es sich dabei nur um *beispielsweise* Hervorhebung der häufigsten Erscheinungsformen der dolosen Brandstiftung handle. Binding erklärt, dem nicht beistimmen zu können (p. 366 f.): „*vielmehr geht hier der römische Begriff des dolus malus darin auf.*[h]) Wer aus Übermut vorsätzlich ein Haus in Brand steckt (ich sehe davon ab, dafs B. auch hier wieder daneben ein Beispiel von dolus eventualis bringt), handle weder aus Feindschaft, noch um zu plündern; *das* sei jener Grund, der den Dolus ausschliefse, und dementsprechend seien die erstgenannten Stellen zu interpretieren.

Wenn wir die Prämisse zugeben, so ist der letzte Satz richtig; aber er beweist nichts für Binding. Sollte das Gesetz wirklich für den Dolus eines jener beiden Motive fordern, so wäre das eine Spezialität der Brand-

[g]) Es sei gelegentlich darauf hingewiesen, dafs auch in diesen beiden Stellen lascivia und luxuria zweifellos als den dolus ausschliefsend auftreten; sie fallen unter den weiteren Begriff des casus fortuitus.

[h]) Nimmt man die Stellen nicht als Beispiele, sondern als Definitionen, so wäre es nach Paulus nicht dolose Brandstiftung, wenn ich einen städtischen Bau inimicitiarum gratia, oder einen ländlichen praedandi causa anzünde; das nur nebenbei.

stiftung und es ließe sich daraus ebensowenig ein *allgemeiner* Rückschluß ziehen, als etwa aus dem Erfordernis der Entführung in § 236 R.-St.-G.: „um sie (die Frauensperson) zur Unzucht zu bringen ..... um die Entführte zur Ehe zu bringen“, sich allgemeine Schlüsse anf den Dolusbegriff dieses Gesetzes ziehen lassen. Und ganz bestimmt läge *kein* Anwendungsfall des Bindingschen Prinzipes vor; denn auch außer den beiden genannten Motiven giebt es noch gemeine und niederträchtige Beweggründe genug. A brennt einen Heuschober nieder, der ihm eine schöne Aussicht verbaut, um diese wieder zu genießen; oder um seine erschlafften Nerven durch den Anblick des schaurig schönen Schauspieles in angenehme Emotion zu versetzen; B zündet ein Haus an, um daselbst verwahrte Urkunden, die gegen ihn produziert werden könnten, zu vernichten; oder um bei dem zu erwartenden Neubau Lieferungen zu erhalten etc. Wenn bei der Brandstiftung wirklich „der Begriff des dolus malus in jenem praedae vel inimicitiae causa aufgeht“, dann wäre in allen diesen Fällen der Dolus ebenfalls ausgeschlossen. Und doch dürfte niemand bereit sein, hier den Mangel eines gemeinen Motives zu finden, wie wir es unbedingt finden müßten, wenn aus der strikten Interpretation der beiden Stellen ein Beleg für die Ansicht Bindings erwachsen sollte.

Indessen halte ich, wie bereits angedeutet, diese Interpretation für eine ganz unmögliche. Hofacker hatte sie schon vertreten („Über das Verbrechen der Brandstiftung“, Neues Arch. d. Kriminalr. V. s. bes. p. 102 ff.). Aus dem Umstande, daß die Brandstiftung in die lex Cornelia de sicariis aufgenommen erscheint, folgert er, daß dabei in erster Reihe solche Brandstiftungen ins Auge gefaßt waren, die einen Angriff auf menschliches Leben enthielten; in dem inimicitiarum und praedae causa erblickt er das Gegenstück zu dem qui hominis occidendi furtive faciendi causa cum telo ambulaverit. Gegen diese Auslegung trat erfolgreich Wächter auf (De crimine incendii, p. 58 ff.). Abgesehen davon, daß das inimicitiae causa gar keinen Hinweis auf einen *Tötungs*vorsatz enthalte (65), handle es sich in den drei fraglichen Stellen nur um konkrete Beispiele von doloser Brandstiftung, nicht um begriffliche Abgrenzung ihres Gebietes. Wächter verweist mit Recht auf eine Reihe von Stellen, die gar nicht daran denken, diese oder eine ähnliche Einschränkung zu machen, sondern nur von Brandstiftungen dolo malo, dolo, consulto, data opera sprechen (l. 1 pr. D. h. t. 48, 8, die den Inhalt der lex Cornelia mitteilen will; l. 10 eod.; Paulus selbst in sent. 5, 4, § 6; l. 11 C. de his qui accus. poss. 11, 1; das oben citierte Ulpianische Fragment aus Collat. 12, 5).

Ich halte es mit Wächter für ganz unmöglich, in diese simplen Ausdrücke das inimicitiarum vel praedae causa hineinzugeheimnissen. Damit ist auch die Prämisse für den Fehlschluß Bindings als unrichtig nachgewiesen. Schließlich mag noch erwähnt werden, daß die Übersetzung in den Basilikenbüchern durchaus für unsere Interpretation ist; sie sprechen von ἐμπρησμὸς ἑκούσιος, ἐκ προνοίας, adverbiell: ἐπιτηδές. lib. 60, tit. 34, cap. 33; tit. 39, cap. 6.

Der Leser, dem Neigung oder Beruf die Kraft verliehen haben, diese Ausführungen mit der nötigen Aufmerksamkeit bis zu Ende zu verfolgen, hat nun einen Überblick über jene Gründe, durch die Binding sich bestimmen ließ zu behaupten, daß die culpa lata keine culpa, daß die lata et incauta neglegentia keine Nachlässigkeit sei; daß Ulpian und Paulus den Studenten unverantwortlich irreführen, wenn sie lehren, lata culpa sei

nimia neglegentia, id est non intelligere quod omnes intelligunt. Ich glaube bis zur Evidenz erwiesen zu haben, dafs Binding seine Ansicht aus den römischen Quellen nicht belegt hat, und dafs insbesondere der dolus in den angeführten Stellen nicht aus einer ethisierenden Rücksicht auf die Motive der Handlung, sondern einfach deswegen ausgeschlossen erscheint, weil die Merkmale des technisch-juristischen Dolusbegriffes der Römer nicht gegeben waren.

Es ergibt sich aber im Anschlusse an das bisher Gesagte eine weitere Frage. Sollte Binding nicht wenigstens damit recht haben, dafs die culpa lata etwa jene Fälle umfafst, die er (mit der so ziemlich herrschenden Lehre) als dolus generalis, dolus eventualis bezeichnet, die nach meiner Einteilung als schwerere Fälle der „Wissentlichkeit" aufzufassen wären? Soweit die Quellen von luxuria, lascivia, cupiditas reden, ist das nicht ausgeschlossen; aber es ergibt sich dafür kein positiver Anhaltspunkt, und wenn diesen Ausdrücken eine mit unseren modernen Gedankengängen korrespondierende Auffassung zu Grunde liegen sollte, so sind die Römer selbst sich darüber sicherlich nicht klar geworden. Nichts aber berechtigt uns, die culpa lata anders zu verstehen, als ihr Name sagt: schwere Fahrlässigkeit.

## Anhang VIII. Der dolus bei der calumnia.

Eine Darstellung des Rechtes der falschen Anklage ist schon mit Rücksicht auf das römische Recht selbst nicht ohne Interesse, für uns aber dringend geboten, da, wie wir noch sehen werden, die Übertragung der römischen Sätze in das germanische Rechtsleben in höchst charakteristischer Weise erfolgt ist.

Nach der lex Remmia war die Strafe dieses Verbrechens die Einbrennung eines K (Kalumnia) in die Stirne; später wurde sie ersetzt durch die *Talion*, die vereinzelt schon seit Augustus angewendet wird (s. Geib, Gesch. des röm. Kriminalprozesses, 1842, p. 578 f., Raspe, Calumnia, 54, 107 ff.). Der Calumniator soll mit derselben Strafe belegt werden, die dem Angeklagten für den Fall der Verurteilung gedroht hat. Die Formulierung ist identisch mit der des altjüdischen Rechtes, doch läfst sich ein historischer Zusammenhang nicht erweisen.

Das Verbrechen der calumnia erfordert dolus, daran kann nicht gezweifelt werden. Paulus definiert: Calumniosus est, qui sciens prudensque per fraudem negotium alicui comparat (Sent. I. 5, 1). Vgl. l. 1 § 3 ff. D. ad Sc. Turpillan. 48, 16. Und zwar beschränkt sich dieser dolus nicht auf das Bewufstsein oder den Willen, eine falsche Anklage zu erheben, sondern er besteht in der Absicht, dem Angeklagten die aus der falschen Anklage drohenden Übel zuzufügen; darauf deutet nicht nur, wie Raspe richtig bemerkt (p. 139 ff.), die Strafe der Talion: dem calumniator soll zu teil werden, *was er seinem Gegner anthun wollte* — sondern überhaupt die Auffassung dieses Verbrechens als eines Angriffes, der in erster Linie gegen die Person des Geklagten, nicht gegen ein staatliches Hoheitsrecht gerichtet ist. Valentinian charakterisiert den calumniator als einen qui alterius famam, fortunas, caput denique et sanguinem in judicium devocat (l. 11 C. Theodos. 9, 1). Darin trifft sich die calumnia mit den analogen Delikten der lex Cornelia de sicariis: qua tenetur .... qui cum magistratus esset publicove iudicio praeesset, operam dedisset, *quo quis falsum iudicium profiteretur, ut quis innocens conveniretur condemnaretur* ..... et

qui falsa indicia confessus fuerit confitendave curaverit *quo quis innocens circumveniretur* (qui falsum testimonium dixerit, *quo quis periret.)* (L. 1 pr., l. 3 § 4 D. h. t. 48, 8. Paul., sent. V. 23, 1; vgl. Sanio, Ad l. Corn. XIX ff.)

Diesem Erfordernisse des dolus entspricht es durchaus, wenn Marcianus in l. 1 cit. (D. 48, 16) und die l. 3 Cod. de calumniator. 9, 46 den Satz aufstellen, dafs non utique is qui non probat quod intendit protinus calumniari videtur, und dafs der Ausspruch des Richters „non probasti" geradezu Freispruch bedeutet, ebenso auch der Satz „Lucius Titius *temere* accusasse videtur", im Gegensatze zu dem vernichtenden „calumniatus es". (vgl. l. 15 pr. D. de jure fisci 49, 14; l. 2 Cod. de abolitionibus 9, 42). Dem scheinen aber andere Stellen direkt zu widersprechen. So Marcianus selbst in l. 24 D. de jure fisci, vgl. l. 18 D. ad sc. Turp.; l. 2 i. f. Cod. de his qui latrones, 9, 39; l. 1, Cod. de advocatis divers. jud. 2, 7; dazu noch l. 3, Cod. Theodosiani de abolitionibus 9, 37. Alle diese Stellen machen die Strafe der calumnia lediglich von dem Mifslingen des klägerischen Beweises abhängig. Dazu kommt noch folgendes. Nach römischem Prozefsrechte (der späteren Zeit) war der Kläger verpflichtet, bei Abschlufs des Klageprotokolls für den Fall kalumniöser Anstellung der Klage ausdrücklich mittelst inscriptio (subscriptio) die Talionsstrafe auf sich zu nehmen; vgl. Raspe, 98 ff. Auch dieses geschah unter der Bedingung, dafs er die Anklage nicht werde beweisen können; l. 11, Cod. Theodos. de accus. 9, 1, sagt darüber: Nullus, secundum juris perscriptum, crimen quod intendere proposuerit, exsequatur, nisi subeat inscriptionis vinculum: etenim qui alterius famam, fortunas, caput denique, et sanguinem in judicium devocaverit, sciat, sibi impendere congruam poenam, *si quod intenderit non probaverit.*

Diese scheinbaren Widersprüche hat die Glosse, wie ich glaube, befriedigend gelöst;[a]) sie nimmt an, dafs gegen denjenigen, der mit dem Beweise einer Anklage durchfällt, eine widerlegbare Präsumtion des dolus spricht; dieses Verhältnis haben jene Stellen vor Augen, die von einem non probare reden, während die anderen das materiellrechtliche Verhältnis betonen; ich möchte dem noch hinzufügen, dafs manche jener Stellen, die lediglich vom mifsglückten Beweise sprechen, offenbar an die Adresse der Delatoren gerichtete Drohungen sind, deren Ernst nicht durch Andeutung eines Ausweges abgeschwächt werden sollte; vgl. zu l. 11, C. Theod. cit. noch l. 3, eod. de abolit. 9, 37: Sciant cuncti, praemeditentur, ante praecaveant, eam se rem deferre debere in publicam notionem, quae munita sit testibus, instructa documentis, signis ad probationem luce clarioribus expedita. Die Ansicht der Glosse, dafs der mifsglückte Beweis gegen den Ankläger die Präsumtion der calumnia begründe, stützt sich wesentlich noch auf folgende Erscheinung.

Die Quellen kennen eine Reihe von Ausnahmen, die man gewöhnlich unter dem Schlagwort „personae exceptae" (richtiger mit Bartolus: „casus exceptuati") zusammenfafst; vgl. Raspe 152 ff.: Hier ist eine Anklage sine calumniae timore möglich. Unser diesen Fällen gibt es nun *einige*, welche einfach darauf hinauslaufen, dafs die praesumtio doli — aus guten Gründen — nicht Platz haben soll; denn die vorliegenden Verhältnisse entkräften von vornherein eine solche Annahme; nur bei *evidens calumnia,* d. h. wenn

[a]) Glossa in l. 4 (athletas) § 4 (calumniator) D. de his qui not. inf. 3, 2. (Hauptstelle); in l. 14 § 3. D. ad l. Jul. de adult. 48, 5, u. a. m. Anschliefsend die späteren Ausleger; s. z. B. Bartolus in l. 1. D. ad sc. Turp. 48, 16, num. 6; Jul. Clarus, Sentent. l. 5 § fin. quaest. 62.

der dolus aus anderen Gründen, als dem Mifslingen des Beweises, evident ist, soll Bestrafung eintreten. Ein gesicherter Fall ist z. B. l. 2, Cod. de his qui accus. non poss. 9, 1. Nec enim facile vel tutores vel curatores, qui ex officiis periculo suo res pupillorum vel adolescentium administrant, sententia notantur, *nisi evidens eorum calumnia iudicanti apparebit;* vgl. l. 22, D. de his quae ut indignis auferuntur 34, 9. In anderen Fällen liegt ein absolutes Privilegium vor; so wenn zwischen Kläger und Beklagtem eines jener Respektsverhältnisse bestand, welche letzteren verhindern würden, gegen ersteren eine infamierende Anklage zu erheben, z. B. der Kläger ist Vater und Patron des Geklagten; hier kann der letztere auch bei evidens calumnia nicht den Strafantrag stellen; so treffend Raspe 153 f., 164 f. Hierher gehört auch, wenigstens nach Aussage einer Stelle, die Klage des Erben gegen die Mörder des Erblassers; bekanntlich war es ja des letzteren Pflicht, mortem testatoris inultam non praetermittere, eine Pflicht, auf deren Vernachlässigung Indignität stand. Der berufene Rächer wäre aber in einer sehr bösen Situation gewesen, wenn ihm auf der einen Seite Verlust der Erbschaft, auf der anderen die Strafe der calumnia hätte drohen können; darum bestimmt l. 14 § 7 D. de bonis libert. $38_1$ 2 (Ulpian): .... et puto succurrendum, si *affectione* et *periculo paternae substantiae* ducente necesse habuit accusationem *vel calumniosam* instituere. Dagegen dürfte, wo dieser Zwang nicht vorlag, das Privilegium für Anstellung der Racheklage der Hinterbliebenen (vgl. l. 2, 4 Cod. de calumniator. 9, 46), desgleichen für die Ehebruchsklage des Gatten (vgl. l. 37, § 1 Dig. de minor. 4, 4 u. a. m.) durchaus mit dem Zusatze: nisi evidens eorum calumnia iudicanti apparebit zu verstehen sein; denn wie sollten die verletzten Gefühle kindlicher Liebe etc. jemanden berechtigen, dem ersten besten eine kalumniöse Klage anzuhängen? Vgl. die Glosse l. c. und Raspe 152 ff.

Von der hier wesentlich im Anschlufs an die Glosse entwickelten Auffassung der evidens calumnia weicht Raspe sehr ab; er kennt gerade die Hauptstelle der Glosse nicht und scheint sich auch um die Italiener nicht viel gekümmert zu haben; (die sonst tüchtige Arbeit ist das posthume Erstlingswerk des Autors, der, fast noch ein Jüngling, im Kriegsjahre 1870 gefallen ist). So kommt es, dafs er zwar mit der Glosse annimmt, dafs bei mifsglücktem Beweise in der Regel eine Schuldpräsumtion eintritt (p. 105 f.), des weiteren aber, aus der richtig eingeschlagenen Bahn weichend, ausführt: Die Römer hätten gerade bei der calumnia *„einzig und zum ersten Male“ einen begrifflichen Unterschied innerhalb des dolus aufgestellt;* in der Regel habe der „hypothetische dolus“ („der Ankläger hält die Unschuld des Angeklagten für möglich“) ausgereicht; bei den personae exceptae habe man aber „direkten dolus“ („Vorstellung der Unschuld d. Ang. als einer wirklichen“) verlangt: und dieser direkte dolus sei durch das Wort „evidens calumnia“ bezeichnet worden (p. 142, 160 ff.). Dafs diese Auslegung schon sprachlich unhaltbar ist, fühlt er selbst; dagegen ist er sich dessen nicht bewufst, dafs er mit diesen (von seinem Lehrer Herrmann übernommenen) Distinktionen moderne Begriffe in das römische Recht hineinträgt.

## § 6.

# Das germanische Recht von dem Untergang der Volksrechte bis zur Reception des römischen Rechtes.

**Litteratur.** Aufser den zu § 2 angeführten Schriften:

Abegg, Über den Einflufs der Kirche auf die Sühne bei dem Todtschlag. Z. f. Rechtsgesch. VII, 259 ff. Berger, Jo. Henr., Electa jurispr. crim. ed. II. 1721. Beaumanoir, Coutumes de Beauvoisis (éd. par le Comte Beugnot). Paris 1842. Bracton, De legibus et consuetudinibus Angliae; in Rerum Britannicarum medii aevi scriptores LXX. Bratsch, Commentar zu Ferdinand III. peinl. L. G. O. Wien 1751. Brunnenmeister, Die Quellen des Bambergensis. Leipzig 1879. Caspar, Darstellung des strafrechtlichen Inhaltes des Schwabenspiegels und des Augsburger Stadtrechts. (Berliner Diss. 1892.) Frauenstädt, Blutrache und Todtschlagssühne im Deutschen Mittelalter. Leipzig 1881. Gengler, Über den Einflufs des Christentums auf das altgermanische Rechtsleben. Erlangen 1854. Göschen, Die Goslarischen Statuten. 1840. Hildebrand, Deutsche Rechtssprichwörter. Zürich, 1858. John, Das Strafrecht in Norddeutschland zur Zeit der Rechtsbücher. I. Leipzig 1858. Knapp, Das alte Nürnberger Criminalverfahren bis zur Carolina in der Zeitschrift f. d. ges. Strafr. XII, p. 200 ff. 475 ff. Löning, Richard, Der Vertragsbruch und seine Rechtsfolgen. I. Der Vertragsbruch im deutschen Recht. 1876. v. Maurer, G. L., Geschichte der Städteverfassung in Deutschland. III, (1870) 616 ff, IV, (1871) 1 ff. Merkel, Johannes, Die Geschichte des Langobardenrechtes. Berlin 1850. Osenbrüggen, Der Hausfrieden. 1857. — Deutsche Rechtsalterthümer aus der Schweiz. S.-A. aus der Monatsschr. d. wissenschaftl. Vereines in Zürich. 1858. — Das Alamannische Strafrecht im deutschen Mittelalter. Schaffhausen 1860. — Studien zur deutschen und schweizerischen Rechtsgeschichte. Schaffhausen 1868. Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter. I, II. 1879. Platner, Die Bürgschaft. 1857. Poullet, Histoire du droit pénal dans l'ancien duché de Brabant. Bruxelles 1867. (S.-A. aus den mémoires couronnés der académie royale de Belgique, tome XXXIII.); citiert als: Brabant I. — Histoire du droit pénal dans le duché de Brabant. Bruxelles 1870. (Mémoires, XXXV.); reicht von Carl V bis Ende des 18. Jhndt.; citiert als Brabant II. — Essai sur l'histoire du droit criminel dans l'ancienne principauté de Liége. (Mémoires XXXVIII.). Rössler, Deutsche Rechtsdenkmäler aus Böhmen und Mähren. I, 1845, II, 1852. Schierlinger, Die Friedensbürgschaft. 1877. Seeger, Die Ausbildung der Lehre vom Versuch der Verbrechen in der Wissenschaft des Mittelalters; (Tübinger Festschrift, 1869). Tomaschek, Deutsches Recht in Österreich im dreizehnten Jahrhundert, auf Grundlage des Stadtrechts von Iglau. 1859. — Die Rechte und Freiheiten der Stadt Wien. 1877. (Aus: „Geschichtsquellen der Stadt Wien"). Trummer, Vorträge über Tortur, Hexenverfolgungen etc. in der Hamburgischen Rechtsgeschichte. 3 Bde. 1844 ff. Warnkönig, Flandrische Rechtsgeschichte. 1835 ff. Warnkönig und Stein, Französische Staats- und Rechtgeschichte. 3 Bde. 1875. Wegele, Zur Geschichte der falschen Anschuldigung. (Diss.) Ansbach 1892. Winter, Das Wiener-Neustädter Stadtrecht des XIII. Jhndts. S.-A. a. d. Archiv f. österr. Gesch. LX, 1880. Zöpfl, Das alte Bamberger Recht als Quelle der Carolina. Heidelberg 1839. — Die italienischen Praktiker s. u. zu § 8.

Trotzdem die öffentliche peinliche Strafe sich allmählich immer weitere Gebiete erobert, geht doch das Strafrecht des germanischen Mittelalters, *soweit es Delikte wider die Person des Einzelnen betrifft,* vielfach noch nicht von dem Gesichtspunkte des öffentlichen Interesses aus; vielmehr ist es nach wie vor der *Rachegedanke,* welcher das Rechtsbewufstsein der Zeit beherrscht.[1])

Dies zeigt sich zunächst in der thatsächlich fortgesetzten Übung der Blutrache, die sich trotz aller Anstrengungen weltlicher und geistlicher Obrigkeit noch lange erhielt, ja vielfach geradezu als Rechtsinstitution anerkannt war; auch romanistisch geschulte Köpfe fanden das ganz in der Ordnung; so sagt einmal Baldus: Statutum permittens competentem vindictam non intelligitur illicitum, et propter bonum publicum est statuto permissum.[2]) Und selbst die kirchlichen Bufsbücher beurteilen — unchristlich genug — die Racheübung mit äufserster Milde. Auch jetzt noch bleibt der Verletzte, bleibt die Freundschaft des Erschlagenen nicht unversöhnlich; ihre Gefühle lassen sich durch ökonomische Werte beschwichtigen. In Bufse und Wergeld erscheint jedoch

---

1) Strafe und Bufse werden gelegentlich direkt als vindicta, Rache bezeichnet. So Schwabensp. 310. Spilliuten .... git man den schatten eines mannes gegen der sunnen ..... unde sol den schatten an der wende an den hals slahen: *mit der rache sol im gebüzzet sin.* — Version des Strafsburger Stadtr. XI. (ed. Gaupp). Und der gewalt der enhort niwan dar zu, da man daz blut giessen sol, also den geschiht, die da urteilet werdent, zu dem galgen, zu dem houbete, zu der stumelunge, und andere lide nach der missetat, die der mensche hat begangen, wande susliche *rache* sol ein geistliche persone weder han noch frumen. Und danne vone swanne der Bischof einen Voget setzet, so sol im der Keiser setzen, daz da heizzet *der Ban, das ist die rache mit dem swerte etc.*

2) Im tractatus tractatuum, II, fol. 153 s. v. vindicta. — Vgl. als Hauptwerk Frauenstädt, Blutrache etc. Dazu: Siegel, Gerichtsverf. 31; Osenbrüggen, Rechtsalterthümer, 16ff., alam. Strafr. 23ff.; Caspar, l. c. 69; Richthofen, zur lex Saxonum, 265 ff.; Brunner, Rechtsg. I, 159ff., II, 527 ff.; Kohler, Shakespeare 162f.; Günther, I, 206f., II, 14; Knapp, Nürnberg, 507; Pertile, V, § 166; Poullet, Brabant I, 171 ff., Liége, 130 ff. Am längsten erhielt sich naturgemäfs die Anerkennung der Rache bei handhafter That; s. auch Blumer, schweizer. Demokrat. I, 395; besonderes Interesse bietet die Tötung des ertappten Ehebrechers; sie ist schon nach altgermanischen Quellen gestattet; Wilda 823 ff.; Brunner II, 484, 663. Über das spätere Recht der Tötung bei handhafter That vgl. Sachsensp. II, 69; dazu Hälschner, preufs. Strafr. I, 25; die Zusammenstellungen bei Tomaschek, deutsches R. 251 f.; Osenbrüggen, alam. Strafr. 213 f.; Löning's Bericht in Zeitschr. f. ges. Strafr. V, 544, 571, 572, 577, Distel, eod. X, 435 f. Der Einklang germanischen und römischen Rechtes beim Ehebruch mag es bewirkt haben, dafs die CCC, art. 142, 150 die Bestimmungen des letzteren ausdrücklich anerkennt. Und so wurde noch in unserm Jahrhundert in Theorie und Praxis die Ansicht vertreten, dafs nach gemeinem deutschen Strafrecht die Tötung des auf der That betretenen Ehebrechers gestattet sei. Vgl. Feuerbach, Lehrb. § 383, dazu Mittermaier's Note I; Wächter, Lehrb. II (1826) p. 451 ff.; Heffter, Lehrbuch, § 230, a.

mehr als früher der Gesichtspunkt des *Ersatzes* betont.[3]) Das ist ganz selbstverständlich zu einer Zeit, wo der Staat bereits ein reicher ausgestattetes System peinlicher Strafen verwendet, neben deren Energie das pönale Element im Wergeld verblafst. Das Bedürfnis nach einer ideellen Genugthuung findet daneben neue Befriedigungsformen; gegen Ende dieser Periode (14. und 15. Jahrh.) werden fromme Werke ein regelmässiger Bestandteil der „Taidigungen" (Richtungen, Sühnverträge). Zum Nutzen der armen Seele, die der Thäter „in ihrer Sünden Blüte, ohne Abendmahl, ohne Beichte, ohne Ölung, die Rechnung nicht geschlossen" vor das jenseitige Gericht gesandt, verspricht er alle durch die Kirche gebotenen Mittel in Bewegung zu setzen. Zugleich werden die Demütigungen, denen er sich unterziehen mufs, genau fixiert: es ist der alte Gedanke eines Aquivalentes für die verletzte Familienehre, verstärkt durch die Vorstellung, dafs durch solche Demütigungen zugleich auch die kirchliche Pönitenz absolviert werde.[4])

Die volkstümliche Rechtsauffassung erfuhr eine neue Unterstützung durch das mosaische Recht. Das Christentum vermittelte seinen Anhängern die Kenntnis der heiligen Bücher, deren Inhalt im Laufe der Zeit die hohe Autorität eines jus divinum erlangte.[5]) Wir haben gesehen, wie wenig einheitlich diese Gesetzgebung war. Im Geiste des Christen-

---

3) Vgl. *Sachsensp.* II, 40, § 1: sin herre sal gelden den scaden na rechteme weregelde oder na sineme werde beteren; II, 38 i. f.; III, 51 (Wergeld der Tiere), dazu II, 54, § 5, III, 48, § 1. Hammer, Schadenersatz, 100 ff. — Ganz verwischt ist der Unterschied nicht; vgl. u. S. 124 die Ausführung zu Art. 48 f. des Augsburger Stadtrechts. — S. auch Carpzov, qu. 34, bes. num. 42.

4) Abegg, Über den Einflufs der Kirche l. c.; Frauenstädt 105 ff.; Blumer 396 ff.; Poullet, Brabant I, 182 ff.

5) Schon das römische Recht der christlichen Kaiserzeit ist von dem biblischen Rechte beeinflufst; s. Geib I, 115 f.; v. Bar, Hdb. I, 49 f. — Über den Einflufs desselben auf die mittelalterliche Rechtsbildung vgl. Gengler l. c. p. 14 f. Loiseleur l. c. p. 4; Osenbrüggen, Studien p. 150 ff.; v. Holtzendorff, Hdb. I. p. 17 f.; v. Bar, Hdb. I. p. 96, 100 f.; Günther, Wiedervergeltung II, p. 12 ff.; Binding, Normen I, (2. Aufl.) p. 149; Pertile V, p. 39. — König Aelfred (871—901) sendet seiner Gesetzsammlung einen Auszug aus dem mosaischen Rechte als Einleitung voraus (vgl. Schmid, Ges. d. Angelsachsen 58 ff. Stephen, history I, 55). Vgl. damit Schwabenspiegel 201; Stadtrechte von Enns, 1212, Wien, 1221, 2: judicetur de eo *secundum legem*, videlicet oculum pro oculo, manum pro manu, et sic de ceteris membris. Österr. Landesr. 6, dazu Hasenöhrl 147. Für die Folgezeit charakteristisch: Ferdinand III., Landger.-Ordn. f. Niederösterr. (1656). Teil II, Art. 62. Dazu Bratsch im Comm. p. 169 f. — Const. Crim. Theresiana, Art. 83, § 9. — Vgl. noch die Ferdinandea Art. 73, § 4, C. C. Th. Art. 74, § 6, mit dem preufs. allg. Landr. II. T. 20. Titel, § 1069. — Die Wittemberger Facultät in Berger, Electa, P. II, obs. 99. (ex 1695): „Die göttlichen allgemeinen Rechte, woraus die Bestrafung des Todtschlags schlechterdings zu ermessen"; vgl. Elvers, praktische Arbeiten, 453, ein Seitenstück dazu s. v. Bar, Hdb. I. Anm. 546. Aus dem jus divinum wurde oft der Ausschlufs des landesherrlichen Begnadigungsrechtes bei Mord abgeleitet. Fari-

tums wäre sicherlich die Aufnahme und Fortbildung jener Sätze des alten Testaments gewesen, die wir als das öffentliche Strafrecht der altjüdischen Theokratie erkannt haben. Aber in den meisten Fällen trat das Gegenteil ein; auf germanischem Boden fand das durch die Bibel überlieferte alte Volksrecht weit mehr Anklang; heimische Traditionen erhielten durch diese Sätze der Bibel eine ehrwürdige Bestätigung, und die dem germanischen Rechte ursprünglich fremden Ideen der *Blutschuld*[6]) und der *Talion*[7]) wurden rasch verstanden und assimiliert.

So wenig nun als in der Vorzeit machte in unserer Periode die Rache vor der Zufallsthat halt; eine der wenigen guten Seiten des mittelalterlichen Asylwesens war es, dafs man, in Erinnerung an die biblischen Zufluchtsstätte, mit Vorliebe solchen Totschlägern Schutz bot, „die eine ehrliche Sache hatten", d. h. die in der Aufwallung des Zornes oder *unabsichtlich* gehandelt hatten; „da einer von aussen hereyn keme, und hette einen todschlag getan *mit unglück*".[8]) War der erste Schmerz der Verwandten vorüber, so gelang es in solchen Fällen am ehesten, einen Sühnevertrag zustande zu bringen.

Die racherechtliche Auffassung tritt auch in der Regelung der von rechtswegen verhängten peinlichen Strafen hervor, und zwar schon in den äufserlichen Formen des Procefsrechtes. Sache der verletzten Partei ist es, das Verfahren wider den Übelthäter einzuleiten und durchzuführen; sie verfolgt damit ihr eigenes Interesse, ihr eigenes Recht: ein Recht, auf das sie verzichten kann, das man ihr aber nicht ohne ihren Willen nehmen darf.[10]) Der Leib des flüchtigen Totschlägers wird aus-

---

nacius, Praxis et theor. I. qu. VI. n. 15 f.; dazu v. Bar I, p. 136. — Über die Bedeutung des mosaischen Rechtes für die Tierstrafen s. u.

6) S. Wilda, 171; Brunner, Rechtsg. II, 587 f.

7) S. Wilda 158; Waitz I, 424; v. Bar, Handb. I, 101; Brunner, Z. d. Savignystiftung XI, germ. Abt. 236, Rechtsg. II, 558 f. — Belege über die weite Verbreitung der Talion bei Osenbrüggen, alam. Strafr. 84 ff., Studien 150 ff; Frauenstädt, Blutr. 89. v. Bar l. c.; Günther, Körperverletzung, 97 ff., Wiedervergeltung I, 212 ff. — Vgl. Dahn, Westgot. Studien 204, 219 ff., 320. Warnkönig, Flandr. Rechtsgesch. III, 159, 181 ff., 229 f.

8) Hofrolle zu Barmen, bei Grimm, Weisthümer III, 11. Vgl. Banntaiding der Herrschaft Hassbach und in der Kirchau (1566): „kain *muetwilliger mörder*, kain wissentlicher diep, kain offenbarer kirchprüchl, auch kain offenbarer strassenrauber oder prinner hat nicht freiung" (Winter, Niederösterr. Weisthümer I, 1886, p. 60. Z. 23 ff.)

9) S. Frauenstädt 51 ff., bes. 61, 69, 71, Anm. 69, 87. — Osenbrüggen, alam. Strafr. 28; Pfenniger, Strafr. d. Schweiz 61.

10) „Dux de omicidio non potest pacem facere versus omicidam, nisi prius omicida reconcilietur amicis occisi." Statuta et consuetudines Normanniae, Warnkönig und Stein, Urkundenb. zu Bd. II, p. 16. Der letztere Gedanke hat sich noch lange in der Form erhalten, dafs das Begnadigungsrecht des Souveräns an die

drücklich den Verwandten des Erschlagenen erteilt, ja es kommt auch vor, daſs man dem nächsten Schwertmagen die Vollziehung des Todesurteiles überläſst. Die Nachteile an processualen und materiellen Rechten, die den auf handhafter That Ergriffenen treffen, haben sich in allgemeinster Verbreitung erhalten.[11]) So erscheint die öffentliche Strafe in vielen Beziehungen noch als eine durch den Arm des Staates vollzogene Rache.[12]) Mag sie auch der Form nach als Schöſsling der Friedlosigkeit sich erweisen[13]) und daher dem Friedenssysteme angehören, ihrer materiellen Funktion nach ist sie an die Stelle der Racheablösung, der Komposition getreten.[14])

Die starke Betonung des Racheprinzipes innerhalb des peinlichen Rechtes erklärt uns eine Erscheinung, die höchst merkwürdig ist. Wir haben wiederholt gesehen, daſs Rache und Erfolghaftung innig mit einander verknüpft sind; wir können die gleiche Wahrnehmung auch im germanischen Mittelalter machen; auffallend ist dabei, daſs wir bei Strafen an Haut und Haar, an Hals und Hand, also Strafen, die wir uns kaum anders denn als öffentliche denken können, *vielfach den bestimmenden Einfluſs des Erfolgprinzipes merken;* das erscheint uns gegenüber den Volksrechten als ein ungeheuerlicher Rückschritt[15]); aber es steht völlig im Einklang mit dem ganzen Charakter des mittelalterlichen Strafrechts, das ein verstaatlichtes Racherecht ist.

Die Schuldfrage steht überhaupt während dieser Zeit unter dem

---

Zustimmung der Verwandten des Getöteten geknüpft war; diesen Satz beschwor noch Kaiser Josef II. in der joyeuse entrée von Brabant und Limburg; in Spanien hat er sich bis in das 19. Jahrh. erhalten. S. Dahlmann, Geschichte v. Dänemark I (1840) p. 161, Anm. 1; du Boys, histoire . . . . des peuples modernes I, 180 f., Poullet, Brabant, I, 269 f.

11) „Begreiflich aber ist es, daſs, je mehr man noch geneigt war, in der Strafe zugleich ein Äquivalent für die Selbstrache des Verletzten zu erblicken, die Härte der Bestrafung steigen muſste, sobald deren Höhe und Beschaffenheit in frischer That und bei der durch die noch frische Beleidigung erregten Leidenschaft des Verletzten zu bestimmen war“. Planck, Gerichtsverf. I, 776, vgl. eod. 765 f.

12) Vgl. Zöpfl, Bamberger R. 126 f.; Tomaschek, Deutsches Recht, 138, 156; Osenbrüggen, alam. Strafr. 26 f., 60; Geib, I, 206 f., 212 ff.; Frauenstädt 93 ff.; Poullet, Brabant I, 171.

13) Vgl. Brunner, Abspaltungen 72 ff., Rechtsg. II, 590 ff.

14) Sehr lange bleibt die peinliche Strafe ablösbar, oder steht überhaupt nur subsidiär (für den Fall der Zahlungsunfähigkeit) hinter dem Wergelde. Und wo peinliche Strafe eintritt, schlieſst sie das Wergeld aus; vgl. v. Bar, Handb. I, 56, Anm.

15) Vgl. Zöpfl, R.-G. III, 414 f.; Brunner, abs. M. 817: „Dabei sind es weniger die Volksrechte der fränkischen Zeit, als vielmehr jüngere Quellen, in welchen die ursprüngliche Rechtsauffassung am klarsten hervortritt; eine Erscheinung, die sich daraus erklärt, daſs man bei der Aufzeichnung der Volksrechte nur solche Fälle hervorzuheben bestrebt war, in welchen das alte Recht eine Milderung erfuhr, oder daſs die Rechtsüberzeugung des Volkes durch die vorgeschrittene Theorie des Gesetzgebers überholt, aber nicht auf die Dauer überwunden worden war“.

Zeichen einer bedenklichen Verwilderung. Die Erfolghaftung greift auf Gebiete über, die ihr bisher fremd waren, sie erstreckt sich in das System des Friedensrechtes.[16]) So hat das richterliche *Gewedde*, welches an die Stelle des fredus, beziehungsweise des bannus regius tritt, zwar noch immer gewisse Beziehungen zu der Autorität des Repräsentanten staatlicher Gewalt;[17]) aber die Vorstellung, dafs diese Autorität nur durch *absichtliche* Übertretung ihrer Normen verletzt werde, ist allmählich verschwunden. Bereits das Capitulare missorum v. 819, c. 15 (ed. Boretius I, 290) hatte offenbar geglaubt eine besondere Milde zu entwickeln, indem es bestimmte: ut de debito, quod ad opus nostrum fuerit rewadiatum, talis consideratio fiat, ut is qui *ignoranter peccavit* non totum secundum legem conponere cogatur sed iuxta quod possibile visum fuerit, is vero qui tantum mala voluntate peccavit, totam legis compositionem cogatur exsolvere.[18]) Im Sachsenspiegel und den verwandten Rechtsquellen wird das Gewedde ohne jede Rücksicht auf subjektive Schuld bezahlt; insbesondere hat der Richter überall dort ein Gewedde zu fordern, wo der Kläger Wergeld und Bufse erlangt. Zu diesem Resultate mag es nicht wenig beigetragen haben, dafs diese Strafgelder lange Zeit eine Haupteinnahmsquelle des Richters gebildet haben.[19])

Diese allgemeine Charakteristik bedarf der Ausführung im Einzelnen, wohl auch einer teilweisen Richtigstellung; denn nicht überall und nicht in allen Beziehungen herrscht der Erfolg. Ein genaueres Eingehen auf die Quellen wird uns eine übergrofse Mannigfaltigkeit der Auffassungen,

16) Eine weitere Ausdehnung des Erfolgprinzipes — auf das *kirchliche Bufsensystem* — beginnt schon in einer früheren Epoche, reicht aber noch in diese Zeit hinein; das Nähere darüber folgt in dem nächsten Abschnitte. Es ist jedoch schon an dieser Stelle darauf zu verweisen, dafs die Pönitenzialbücher uns den indirekten Nachweis erbringen, *dafs die Haftung für den Erfolg nicht blofs dem subjektiven Rechtsgefühle des Verletzten — dem Gefühle für sein Recht — sondern der allgemeinen Rechtsüberzeugung entsprach.*

17) Vgl. die Abstufung des Geweddes des Königs, der Fürsten, Grafen etc. in Sachsensp. III, 64; Planck, Gerichtsv. I, 145.

18) Der Satz bedeutet eine wirkliche Nachsicht nur für jene Rechte, die den fredus als Teil der compositio berechneten und mit ihr stets verfallen liefsen; für alle anderen aber eine Erschwerung; er ist aufgenommen in Schwabensp. 359. — Vgl. Zöpfl, Rechtsg. III, 389 f.; Brunner, Forschungen, 496.

19) Vgl. Sachsensp. I, 53, § 1; II, 14, § 1; III, 9, § 1; 32, § 10; 45, § 10; Schwabensp. 80, 265 i. f., 296; Böhlau, nove constitutiones, 84; Planck, Gerichtsverf. I, 137 ff.; Hammer, Schadenersatz, 101 f. — Das gleiche gilt für die Keure von Arkes, Art. 32; Warnkönig, Flandr. Rg. III, 183. — Eine teilweise Ausnahme bietet das „Rechtsbuch nach Distinktionen" (ed. Ortloff) 4. Buch, Cap. 1 ff. Bei *geringeren* Verletzungen durch Zufall („von ungeschichtigen dingen undankez") wird Bufse *ohne* Wette gezahlt; bei *kampfbaren* Wunden jedoch ist Wergeld *und* Gewette zu entrichten, ebenso wohl auch bei kasuellen Totschlägen, die zwar nicht ausdrücklich geregelt sind, aber — sowie die kasuelle Verwundung — der Analogie der Notwehr (s. eod.) folgen dürften.

ja Gegensätze innerhalb einer und derselben Rechtsquelle zeigen; insbesondere wird sich ergeben, dafs in manchen Rechten eine durchaus anerkennenswerte Fortbildung der Schuldidee anzutreffen ist.

Unter allen hier in Frage kommenden Rechtsquellen — soweit an ihnen nicht augenscheinlich römischer Einflufs zu merken ist — dürfte der *Sachsenspiegel* und der sich ihm anschliefsende norddeutsche Rechtskreis in vorderster Reihe stehen.[20]) Der Sachsenspiegel ist auch meines Wissens die erste Rechtsaufzeichnung, in welcher das Wort *„Schuld“* bereits in dem uns heute geläufigen Sinne auftritt; es bezeichnet den Gegensatz zum juristischen Zufall: „von ungelücke unde ane scult“, und umfafst auch die Fahrlässigkeit (warlose), wie die Wendung „von enes mannes sculden, unde doch ane sinen willen“ (III, 48, § 3) erweist.[21])

Über die Bewertung der Schuldgrade spricht sich die folgende Stelle mit aller wünschenswerten Klarheit aus:

Sachsensp. II, 38. Die man sal *gelden den scaden*, die *von siner warlose* gesciet anderen luden, it si von brande oder von bornen, den he nicht bewerct enes knies ho boven der erde; oder of he schüt oder wirpt enen man oder en ve, als he ramet enes vogeles. *Hir umme ne verdelt man ime nicht sin lif noch sin gesunt,* of die man joch wol stirft; wende he mut in gelden, alse sin weregelt stat.

Für Fahrlässigkeit wird also nur mit dem Geldbeutel gehaftet: man zahlt Wergeld und Gewedde. Strafen an Leib und Leben treten nur bei absichtlicher Missethat ein. Das wird noch bestätigt durch eine privatrechtliche Stelle, die offenbar von der gleichen Würdigung menschlicher Handlungen ausgeht:

Sachsensp. III, 84, § 3. Dodet ok en man sinen vader oder sinen bruder oder sinen mach oder iemanne, des egenes oder lenes he war-

---

20) Auf Grund der Ergebnisse des norddeutschen Quellenkreises ist John sehr warm für Wilda's Hypothese, dafs der verbrecherische Wille Grundlage des germanischen Strafrechts gewesen sei, eingetreten; sein Fehler bestand darin, dafs er den süddeutschen Kreis ganz aufser acht liefs und aus dem Zustande eines nach Raum und Zeit engbegrenzten Rechtsgebietes ohne weiteres auf das ganze germanische Recht Schlüsse zog. Anschliefsend an John auch Schröder, Lehrb. 723, dag. derselbe, 726.

21) Vgl. I, 11; 23, § 1; III, 5, § 3, § 5; 6, § 3; 91 (citiert nach Homeyer). Die ursprüngliche Bedeutung von „sculd, schulde, schult“ enthält keinen besonderen Hinweis auf die subjektive innerliche Seite der Handlung; vielmehr dient das Wort auch zur Bezeichnung einer äufserlichen Kausalität, „Urheberschaft“. In diesem Sinne ist auch der „Unschuldseid“ der Rechtsquellen aufzufassen: der Angeklagte negiert damit seine Thäterschaft, nicht etwa Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Vgl. Schade, altdeutsches Wörterb. (sculd); Benecke-Müller-Zarncke, mittelhochd. Wörterb. II, 2, 1866; Lexer, mittelhochd. Wörterb. (schulde); über den Präpositionalausdruck „von (minen) schulden“ s. Grimm, deutsche Grammatik, (neuer Abdruck) III, 256. Über die verschiedenen Bedeutungen des Wortes im Sachsensp. s. das Glossar bei Homeyer.

dende is, al sin wardunge hevet he verloren; he ne du't in notwerunge sines lives, unde die not uppe den doden beredet werde, *oder he ne du't unwetene, so dat it geschi ane sinen dank.*

In diesen Bestimmungen ist wohl eine *Fortentwickelung des altgermanischen Friedensrechtes* zu erblicken. An Stelle der Friedlosigkeit sind peinliche Strafen getreten, geblieben ist das Prinzip: kein Friedbruch ohne verbrecherische Absicht.[22])

Es ist nun im höchsten Grade interessant, zu beobachten, in welcher Weise der *Schwabenspiegel* seine Vorlage verarbeitet. Um es kurz zu sagen: er befindet sich in *schärfster, bewufster Opposition gegen das Schuldprinzip des Sachsenspiegels,* die sich durch entsprechende Auslassungen und Umarbeitungen dokumentiert. Hier folgen zunächst die Parallelen zu den oben citierten Stellen:

Schwabensp. (Lassberg) 181. Ein iegelich man sol gelten den schaden der von im geschiht (mit geschiht)[23]); folgen einzeln bau- und wegepolizeiliche Vorschriften.

182. Ramet ein man eines vogels uf einem boume, oder uf einem wege, da niut liute phliget zegenne allichen mit werfenne oder schiezzenne, und triffet er einen menschen, und stirbet er da von, da verwirket nieman sinen lip mit noch sinen gesunt und rüffet man in an, daz er weder werfe noch schiezze, und siht er das mensche, und mag man in dez uber ziugen selbe dritte: er ist an dem menschen schuldig, und wen sol uber in rihten alse ob er den menschen mit siner hant ertoetet hette. geschiht es aber uf einem wege, da die liute alle zit phlegent ze genne: da wirt er schuldig an den menschen; wan swa die liute gant oder ritent, da sol nieman niutes varen mit werfenne noch mit schiezzene.

183. Unde ist daz ein man einen boum da ze walde houwet, dem wege so nahe, daz er dar an gevallen mag: sleht der boum ein mensche ze tode, wen sol im abe daz houbet slahen .... unde houwet er in dem holze, da die liute gewonlichen gant: alze er den boum gehouwet untz an die stat daz er vallen wil, so sol er dristunt rüffen: Si ieman da der vlihe; und tuot er daz, sleht der boum vihe oder liute, er büzzet nieman dar umbe niut......

184. Stellt die gleichen Grundsätze auf für Leute, die einen Wagen umwerfen.

---

22) Das gleiche gilt von den sich anschliefsenden Rechten; vgl. Göschen, Goslar. Stat. 296f., 300, 302f.; Hälschner, preufs. Strafr. I. 33f.; John, Strafr. in Norddeutschl. 12ff. Letzterer stellt die Quellen zusammen; ergänze: Glogauer Rechtsbuch, Kap. 234. (ed. Wasserschleben, Sammlung deutscher Rechtsqu. I. 1860). — Eine deutliche *Schuldpräsumtion* s. in Sachsensp. II, 26, § 2.

23) Der eingeklammerte Zusatz dürfte auf einem Schreibfehler beruhen; er gibt keinen brauchbaren Sinn.

185. Sleht ein man sin lere kint, ..... und sleht er ez zetode, er muoz ez büssen alse hie vor gesprochen ist.

Die „warlose“ des Sachsenspiegels wird also hier kasuistisch ausgeführt, und zwar *im Anschlusse an das römische Recht.*[24]) Das Rechtsbuch sieht ein, dafs für den puren Zufall nicht gehaftet werden darf; aber im Widerspruche zu seinen beiden Vorlagen stellt es die Fahrlässigkeit dem Vorsatze gleich und vermittelt auf diese Weise zwischen den beiden Extremen; *sein Prinzip ist: keine Strafe ohne Schuld, aber auch eine geringe Schuld (Fahrlässigkeit) reicht aus, um die Todesstrafe zu rechtfertigen.*

Das ist eine Art der Vermittelung zwischen römischer und germanischer Auffassung, die wir noch einige Male antreffen. So bestimmt bereits ein Gesetz Rogers von Sicilien aus der ersten Hälfte des 12. Jahrhunderts: qui de alto se ipsum praecipitat et hominem occiderit et ramum incautus prohiciens non proclamavit seu lapidem ad aliud iecit hominemque occidit, capitali sententia feriatur. Die Vorlage, l. 7 D. ad leg. Corn. de sic., führt die Beispiele gerade als Belege dafür an, dafs die culpa lata *nicht* unter die lex Cornelia fällt.[25]) Die gleiche Erscheinung zeigt sich in Beaumanoirs Coutumes de Beauvoisis, Cap. 69, §§ 3 u. 4; die Beispiele vom Schützen und vom Baumfäller werden hier genau so entschieden, wie im Schwabenspiegel; in § 18 eod. findet sich auch das Beispiel von dem Wagenführer, aber ohne Erwähnung der Fahrlässigkeit. Und ebenso entscheidet Bracton, lib. III, tract. II, cap. 4. fol. 120 b. f. (Schütze, Baumfäller, Lehrkind, cum quis foenum deponebat de curru); nur dafs bei dem letzteren bereits der Gedanke des operam dare rei illicitae mitspielt.[26])

Auffallend ist die Bestimmung des Schwabenspiegels über die Verwandtentötung.

---

24) Das alte Beispiel vom Baumfäller ist durchaus nach dem putator ex arbore ramum deiciens der l. 31. D. ad l. Aquil. 9, 2, vgl. § 5. Inst. h. t. 4, 3, bearbeitet; das geschlagene Lehrkind dürfte in dem puer discens der l. 5 § 3 D. eod. sein Vorbild haben. — Vgl. Geib, Lehrb. II. 252 ff.

25) Vgl. Merkel, J., Commentatio, qua iuris Siculi ... fragmenta proponuntur. Hallenser Universitätsschr. 1856. p. 31. fragm. 42; Brunner, absichtslose Missethat, 817 f.

26) Die auffallende Übereinstimmung in Form und Inhalt läfst vermuten, dafs der Schwabenspiegler, Beaumanoir und Bracton eine gemeinschaftliche Quelle benützt haben; vgl. noch Beaumanoir, Titel von Kap. 69 „qui parole des cas d'aventures qui avienent par mesqueance, es quix cas *pités et misericorde* doivent mix avoir liu que *rude justice;* Bracton, lib. III, cap. V. fol. 104 b. ... item crimen homicidii, sive sit casuale vel voluntarium, licet eandem poenam non contineant, quia in uno casu *rigor* et in alio *misericordia*“. Bracton ist in der Benutzung seiner Bücher nicht sehr wählerisch; er schreibt auch in unserer Frage gelegentlich reines römisches Recht ab, ohne den Widerspruch zu merken; s. lib. III, cap. VI. fol. 105; lib. III, tract. II. cap. XVI. fol. 136 b. — Vgl. u. S. 126.

Schwabensp. 350. Swer sinen mag *ane schulde* ertoetet offenlichen oder heimlichen, uiber den sol man also rihten. wen sol im machen einen liderinnen sack etc. (poena cullei.)[27]), vgl. 375, VI.

Der Schwabenspiegler scheint also ausdrücklich zu sagen, dafs bei der Verwandtentötung auch völlig schuldlose That jene Strafe verdiene, welche das römische Recht natürlich nur auf dolose Begehung setzt; so wenigstens ist das „ane schulde“ aufs erste zu verstehen: in diesem Sinne kommt die Wendung nicht nur im Sachsenspiegel, sondern mehrfach auch in unserer Quelle vor.[28]) Indessen ist diese Auffassung nicht aufser Zweifel; der Satz kann auch besagen wollen: „Wer seinen Verwandten tötet, *ohne dafs jener, nämlich der Verwandte, daran Schuld trägt*“, d. h. durch eigenen Angriff, Provokation (vielleicht auch Unvorsichtigkeit), die Handlung des Tötenden herbeigeführt hat; es würde sich also darum handeln, wer von beiden „angefangen hat“;[29]) so heifst es im Schwabensp. 174: wir heizzen ouch die morder, swer mit dem andren izzet und trinket, unde in guetlich gruezzet: sleht er in *ane schulde*, daz ist ein mort, unde wen sol in radebrechen.[30]) Welche von beiden möglichen Auslegungen die richtige ist, kann ich nicht sagen; aber *jedenfalls bleibt es sehr auffallend, dafs in unserer Stelle die Ausnahme der absichtslosen That, wie sie die Vorlage im Sachsenspiegel bietet, unterdrückt ist.*

In ähnlicher Weise bearbeitet der Schwabenspiegler eine dritte Vorlage: das mosaische Recht. In dem Auszuge, den er daraus verfertigt (c. 201), steht nichts von den Vorschriften über Absicht und Absichtslosigkeit und deren Feststellung, trotzdem diese in der Bibel eindringlich genug vorgebracht werden. „Sleht ein man den andren ze tode, wen sol in wider toeten“. Das ist der Hauptton, der für unseren

---

27) Die Formulierung des Thatbestandes schliefst sich, soweit ich sehe, am nächsten der epitome Aegidii zur lex Romana Visigoth. IX, 12 = Cod. Theod. IX, 15 an, mit Einschiebung des „ane schulde“. Die Stelle lautet nach Haenel: Si quis propinquum suum occiderit, sive clam sive palam id fuerit enisus, facto de corio sacco, qui culeus nominatur aut in mare aut in quolibet gurgite proiiciatur.

28) S. o. Anm. 21; Schwabensp. 26, 57, 258, 259.

29) Auf diesen Umstand legte man grofses Gewicht; vgl. Osenbrüggen, alam. Strafrecht 160 ff.; der Urhab oder Anlafs, Zeitschr. f. deutsch. Recht. XX (1861), p. 88 ff.

30) Vgl. Schwabensp. ed. Wackernagel, 58. Ebenso Augsburg 50. Ein Geistlicher begeht im Gasthause Excesse und wird dabei von Laien verletzt: mak daz der leie bringen als reht ist, daz in der phafe benoetet hat ane sine schulde, daz er sich wern muze, etc. (Anders wieder der Nachtrag zu Art. 48, s. u. Anm. 35.) Vgl. die Wendung „unbeschulter und unveranlasster sach“, Stadt- u. Amtsbuch von Zug 1566. Art. 80; Osenbrüggen, Rechtsaltertümer, 23. In gleicher Bedeutung kommt auch „sine culpa“ vor; s. Blumer, schweizer. Demokratien, 157, Anm. 3; Osenbrüggen, alam. Strafr. 221; dieser geht offenbar von der zweiten Interpretation unserer Stelle aus.

Autor aus den heiligen Büchern klingt; das andere hört er nicht oder will er nicht hören.

Schon nach dem bisherigen ist es klar, dafs es sich nicht um „Mifsverständnisse des römisch-kanonischen Rechtes" handelt[31]), sondern um eine tiefgreifende Divergenz in der Beurteilung der Schuldfrage. Wir werden den Gegensatz zwischen Sachsenspiegel und Schwabenspiegel noch des öfteren antreffen, wo die Schuldfrage ins Spiel kommt; die Opposition des Schwabenspieglers ist eine durchaus grundsätzliche.[32])

Während der Schwabenspiegel sich mit der Schuldfrage wenigstens auseinandersetzt, finden wir *in vielen Rechtsaufzeichnungen dieser Zeit, insbesondere in süddeutschen Quellen, diese Frage einfach übergangen.* Der Thatbestand der Tötungs- und Verletzungsdelikte erschöpft sich in objektiven Momenten; vom verbrecherischen Willen, Fahrlässigkeit oder Zufall ist nicht die Rede.[33]) Bei kurzgefafsten Satzungen, wie sie z. B. der Wiener Rechtskreis bietet, ist diese Erscheinung noch minder auffallend, als bei dem so inhaltsreichen und ausführlichen Stadtbuch von Augsburg, das ebenfalls keine Regelung der Frage enthält.[34]) Wenn

---

31) Wie v. Bar, Handb. I. 95, annimmt.

32) Der „Spiegel deutscher Leute" (ed. Ficker, 1859) zeigt diesen Gegensatz zum Sachsenspiegel noch nicht; vgl. Art. 148.

33) Auch die nicht unwichtigen Vorschriften über den Beweis der Absichtslosigkeit (vgl. John, 38 ff., 85 ff.; Planck, I, 756, 774) fehlen demgemäfs in den süddeutschen Rechtsquellen. — Osenbrüggen, Alamanisches Strafrecht, 131, behauptet: „Zu den gröfsten Verdiensten Wilda's gehört der Nachweis, dafs der widerrechtliche Wille die eigentliche Grundlage des strafbaren Unrechts bei den Germanen gewesen sei. John hat dasselbe Thema in seinem Quellenkreise mit Sorgfalt verfolgt. In den alamanischen Rechten des Mittelalters fehlt es so wenig an Material zum Beleg jenes Satzes, dafs nur die Schwierigkeit darin besteht, das Material zu durchdringen". Soweit meine Kenntnisse reichen, beruht der letztere Satz auf Selbsttäuschung. Sicher aber ist, dafs Osenbrüggen im Gegensatze zu John von seinem Material *sehr wenig* vorführt; und dieses wenige ist nicht beweisend. Bei *einzelnen* Delikten allerdings fragt man nach dem Verschulden (darauf werden wir noch zurückkommen). Aber für Tötung und Körperverletzung, die Hauptdelikte jener Zeit, bringt O. aufser den Sätzen des Schwabenspiegels, die er merkwürdig leichthin übergeht, nur zwei Belege; erstens eine Bestimmung des Freiburger Stadtrechts aus dem Jahre 1520 (!), dafs Todtschlag aus unversehenen Zufällen gänzlich entschuldigt sei. Das Datum dieser Rechtsquelle weist aber schon deutlich auf römischen Einflufs. Zu zweit kommt eine, noch dazu gar nicht sehr schlagende Entscheidung aus dem Jahre 1579 (!), gefällt nach Konsultation eines *Doctor* (!!) Amerbach; also noch weniger als die erste geeignet, als Zeugnis für germanisches Recht zu dienen. — Vgl. noch Allfeld, Mord, 68 f.

34) Vgl. Caspar l. c. 42; über das Bamberger R. Zöpfl l. c. 113. — Ähnlich sprechen auch ältere italienische Stadtrechte; vgl. statuta communis *Casalis* in Monum. hist. patriae II, p. 992 c, 1037 c, 1039 d: si aliquis interfecerit aliquem, capite puniatur sic quod moriatur, etc. — *Placentia*, (1391) lib. V, 40: Si quis commiserit vel committi fecerit homicidium, capite puniatur. (Monum. hist. ad prov. Parmens. et Placentinam pertinentia, I, 5.). *Feltre* (1404) lib. IV. rubr. XXXV. (Statutorum ....

wir bedenken, dafs die gleichen Rechtsquellen über Notwehr einerseits, höhere Tötungen anderseits regelmäfsig ausreichende Bestimmungen aufweisen, so ergibt sich für sie alle wenigstens der eine gesicherte Schlufs, dafs sie der Schuldfrage ein sehr geringes Interesse entgegengebracht haben; und es ist wahrscheinlich, dafs diesen objektiv formulierten Satzungen, wenn nicht immer, so doch oft das altgermanische Prinzip der Erfolghaftung zu Grunde lag; denn das wird man wohl nicht behaupten wollen, dafs in unserer Epoche irgend welche bestimmte Sätze über eine zulängliche Würdigung der strafrechtlichen Schuld zu jenem gesicherten Bestande von althergebrachten Rechtsüberzeugungen gehört haben, der in den Rechtsaufzeichnungen als selbstverständlich übergangen werden konnte.

Zu dem Augsburger Stadtrecht ist übrigens noch eine illustrative Bestimmung über Wunden zu erwähnen, die Meyer unter den *Nachträgen* zu Art. 46 (p. 11) anführt:

Man sol auch wizzen: swer den andern wundet *ane schulde*[35]) und des niht lougent, der sol ienem bezren also daz er ze hant uz der statt varn sol und sol dem wunden allen den schaden ab tûn, den er bereden mak zen heiligen den er genommen hat an choste oder an lone zem artzat; und ist er ain werchman, swaz er an werchen versoumet hat mit sin selbes lib, dez sol er im auch ab tûn, und sol *der stat zu buzze und auch dem wunden ze bezrunge ain iar uz der statt sin.*

Vorausgesetzt wird also eine Verwundung ohne Verschulden; und zwar mufs der Thäter sie offen eingestehen. In diesem Falle besteht seine Strafe in einjähriger Verbannung; die Geldleistung beschränkt sich auf blofsen Schadenersatz[36]), ohne Gewette, ohne dafs dem Zahlungsunfähigen Verlust der Hand, oder Talion drohen würde (vgl. Art. 49). Ich erblicke in dieser Vorschrift eine nachträgliche Abmilderung des Stadtrechts von 1276; immerhin aber ist selbst jetzt noch der kasuelle Verletzer sowohl dem Hüter der Rechtsordnung, als auch dem Verletzten eine ideelle Genugthuung schuldig. —

Die Überreste der germanischen Erfolghaftung sind nicht auf den deutschen Boden beschränkt. Von dem flandrischen Rechte wissen wir, dafs zwar die Keuren zwischen homicidium voluntarium und h. casuale unterschieden, die Praxis aber sehr geneigt war, diesen Unterschied zu verwischen und dadurch zu wiederholtem Einschreiten der Gesetzgebung

---

Feltriae libri sex. Veneziis 1749.) — In den späteren Redaktionen hat meist schon das römische Recht die Oberhand.

35) Hier kann „ane schulde“ wieder nichts anderes bedeuten als „ohne Verschulden des Thäters“; es ist nämlich die Begründung einer weitgehenden Nachsicht (vgl. Art. 49) — und davon könnte natürlich keine Rede sein, wenn es bedeuten sollte: ohne dafs der Verletzte Schuld trägt.

36) Im Gegensatze zu der *Bufse*, „*diu redelich und gefüge waere*“ des Art. 49.

Anlafs gab.[37]) Eine merkwürdige Erscheinung zeigen auch die statuta et consuetudines Normanniae:[38]) die Verwandtentötung „per infortunium" soll nur der kirchlichen Pönitenz unterliegen[39]); dagegen heifst es im weiteren: Si dominus hominem suum occiderit, morte puniatur; et si homo dominum suum occiderit, nec per infortunium hoc contingerit, detractus suspendatur, *et si per infortunium, morte puniatur*. Hier ertappen wir das Recht förmlich im Übergangsstadium: es kann sich noch nicht entschliefsen, den milderen neuen Rechtssatz auf den schweren Fall einer Tötung des Herren durch seinen Mann anzuwenden. Und ebenso besitzen wir über den Geist der älteren italienischen Statuten ein interessantes Zeugnis; auf diese müssen wir etwas näher eingehen.

Seit Beginn des 12. Jahrhunderts tauchen in Italien Municipalstatuten auf, die alle strafrechtliche Bestimmungen enthalten; die Praxis richtet sich durchwegs nach ihnen.[40]) Dieses statutarische Strafrecht beruht ursprünglich auf *langobardischer* Grundlage; erst allmählich, bei Gelegenheit der häufigen Revisionen, gelingt es dem Einflufs der Doktoren, das germanische Element in den Hintergrund zu drängen.[41])

Die Glossatoren und ihre Nachfolger beschäftigten sich als Praktiker naturgemäfs sehr viel mit diesem Statutarrecht, aber auch ihre Schriften sind voll von einzelnen Bemerkungen darüber, ja sie haben diesem

---

37) Warnkönig, Flandr. R.-G. III, 182 f.; Poullet, Brabant I, 242; Liége, 200, 481 f. — Starkes Vorwiegen des objektiven Momentes konstatiert auch Trummer, Vorträge, I, 339 ff., vgl. bes. 414, 459 f., für das alte Hamburgische Recht. Doch mengt er mehr als zulässig Dinge in seine Darstellung, die nicht hineingehören.

38) Aus dem Anfang des 13. Jahrh.; nach Warnkönig u. Stein, Urkundenbuch zu Bd. II, p. 15; vgl. eod. III, 175 f.

39) Hier sehen wir bereits den günstigen Einflufs der Kirche, der es *nicht oft* gelungen ist, in ähnlichem Sinne zu wirken, vgl. Wilda 582; Gaupp, Recht u. Verfassung der alten Sachsen (1837), p. 199; Brunner, absichtslose Missethat, 830; Rechtsg. II, 548.

40) „Domini quicquid ipsi dicant, veritas est ista, per Italiam maleficia puniuntur secundum statuta, non secundum leges". Bartolus ad l. 1 § 3 D. ad l. Corn. de sic. 48, 8; vgl. Albericus de Rosciate, super statutis I, quaest. 8. S. auch Pertile, II, 601, Anm. 14.

41) Das langobardische Recht wurde auf der Rechtsschule zu Pavia (deren Blüte in das 11. Jahrh. fällt) gelehrt; es erhielt sich stellenweise noch sehr lange. Vgl. Merkel, Langobardenrecht, 16; Pertile, I, 353 ff., II, 599 ff., 654 ff., V, 40 ff. — Bezeichnend die Übergangsbestimmung im Statut von Bergamo (1237) 17 (Monum. hist. patr. XVI, col. 1937). De maleficiis et injuriis cognoscendis et puniendis et que ex facto consistunt sive agatur ad compositionem dampni, sive non, et injurie emendationem cognoscat Rector et illum qui in injuriam et maleficium convictus fuerit condempnet ad compositionem damni et injurie *et inspecto jure Romano et pretermissis hiis omnibus que in jure Longombardorum dicuntur* de compositionibus maleficiorum et injuriarum si minus puniunt quam ea que in jure Romano inveniuntur vel illis contradicunt. Natürlich gelang es diesem Statut nicht, seine ausgesprochene Tendenz mit einem Schlage durchzuführen.

Gegenstande ausführliche Monographien gewidmet.[42]) Und so sind wir in der Lage, uns auf Äufserungen romanistisch geschulter Juristen über diesen Teil der germanischen Rechtsentwickelung berufen zu können; ein grofser Vorteil, der bisher wenig ausgebeutet worden ist: es ist als ob ein moderner Mensch uns über jene Zeit Bericht erstatten würde.

Was diesen Romanisten an dem geltenden Strafrechte besonders auffällt, das fafst Angelus Aretinus in den lapidaren Satz zusammen: „*sed statuta per Italiam puniunt factum et non animum*" (rubr. et ex intervallo dictus Titius num. 15). Also der strikteste Gegensatz zum römischen Rechte, und zwar in zwei Beziehungen: Herrschaft des objektiven Elementes in der Lehre vom *Versuch*[43]) — und in der *Schuldlehre.*

Das Nähere über die letztere Beziehung ergibt sich aus folgenden Stellen:

Baldus, de statutis s. v. culpa (tractatus tractatuum II, p. 104). Statutum non faciens doli mentionem debet intelligi ut iacet, nec nos facere interpretationem debemus, quia non debemus statutum glossare ex nobis ipsis.

Das war die herrschende Auffassung; aber dennoch brachten es die Doktoren nicht über sich, ein solches Statut unangefochten stehen zu lassen; sie erklärten, dafs es zu unerträglichen Absurditäten[44]) führe, dafs daher auf dem Wege der restriktiven Interpretation abgeholfen werden müsse: *aber sie waren sich völlig klar darüber, dafs diese Interpretation nicht aus dem Geiste des Statutes selbst, sondern einfach aus dem römischen Rechte geholt sei.*

Von Baldus selbst sind uns zwei solche Interpretationen überliefert; in der Fortsetzung der obigen Stelle sagt er:

Tamen si poena atrox imponatur per statutum, *saltem requiritur lata culpa,* quia levis est talis culpa, quam lex extraordinarie punit etc. Das ist wieder der gleiche Vermittlungsversuch zwischen römischem Recht und Erfolghaftung, den wir oben bei Besprechung des Schwabenspiegels gefunden haben: zum mindesten wird schwere Fahrlässigkeit für die poena ordinaria gefordert!

Noch enger ist der Anschlufs an das römische Recht in folgender Stelle:

Baldus in l. 11 (data opera) Cod. qui accus. non possunt, 9, 1.

---

42) Ein Teil dieser Arbeiten ist im zweiten Bande des „tractatus tractatuum" enthalten; darunter das vortreffliche Werk des Albericus de Rosate (Roxiate), † 1354. Dieser citiert I, qu. 7 zwei von Savigny übersehene Werke, nämlich 1. die quaestiones statutorum von Ja(cobus) de Ar(ena); 2. ein ebenso betiteltes Werk des Guido de Suzaria. Vgl. Savigny, III, 513; V. 538, 565; VII, 220 f.

43) Darüber s. Seeger, Versuch im Mittelalter, 20, 25 f.; Pertile, V, § 171.

44) Vgl. Lanfrancus de Oriano, de interpretatione statutorum, im tractatus tractatuum, II, p. 391 f. n. 18.

Item si statutum praecise punit homicidam ad mortem et non facit doli mentionem: tamen judex *ubi non est dolus* debet sententiam temperare ..... *Nam statuta restringuntur per rationem iuris communis.*

Diese letztere Lehre des Baldus fand eine geradezu begeisterte Aufnahme; die ganze romanistische Welt trat eifrig für sie ein, und verhalf ihr zu praktischer Wirksamkeit; Baldus selbst soll durch seine Gutachten manchen schuldlosen Totschläger gerettet haben.[45]) —

Bisher haben wir uns wesentlich auf die Durchführung des Schuldgedankens bei Tötung und Körperverletzung[46]) beschränkt. Nunmehr sollen auch einige andere Delikte in den Kreis unserer Betrachtungen gezogen und an ihnen die bisher gewonnenen Resultate überprüft werden.

Die Erfolghaftung tritt besonders dort auf, wo die *Talionsformel* mit ihrer steifen Pedanterie der Abwägung des Schuldmomentes im Wege steht; wo bei Tötung und Körperverletzung „ein tod wider den andern, ein glidt wider das ander“ gestellt wird, dort ist fast nie von Schuld die Rede. Das gleiche finden wir in manchen anderen Fällen der Talion. Schon in einige der germanischen Volksrechte war diese als Strafe *für falsche Anklage* eingedrungen.[47]) In späteren südgermanischen Quellen findet durchaus Anschlufs an das römische Recht statt. Sehr bezeichnend ist dabei die oft bemerkbare Tendenz, die Strafe der calumnia im Gegensatz zum römischen Rechte ausschliefslich von dem Erfolge der Klage abhängig zu machen: fällt der Kläger mit dem Beweise durch, so ist damit schon alles entschieden; nach seiner Schuld wird nicht weiter gefragt.[48]) Hier leistete die eigentümliche Form der

45) Nach Caepolla, consil. XXX, n. 7 f. — Die Konstruktion des Baldus, gemäfs welcher das Statut gleichsam als singuläres Recht dem römischen R. gegenüber steht und daraus in unserem Falle restriktiv interpretiert werden muss, eignen sich folgende Autoren an: Bartholomeus a Salyceto, in l. 2. Cod. de noxal. action. 3, 41, num. 10; Angelus Aretinus, rubr. scienter dolose n. 1. (dazu die Note des Augustinus de Ariminio); rubr. deducta sibi quarta parte n. 14; ders. consil. 135 n. 5; Alexander Tartagnus, cons. II, 140, n. 4; Philippus Decius, cons. 9 n. 2, cons. 482 n. 8; Alciatus, in l. 226, D. de Verb. Sign. 50, 16; Ludovicus Carerius, practica, de homicid. §. homicidii autem species n. 5. Bartholom. Bertazzolius, consil. 76 n. 36 f., cons. 100 n. 28; Jul. Clarus, V, § fin. qu. 84 n. 1; Farinacius, pars II qu. 87 n. 25 f.; Antonius Gomesius III, 3, num. 15 u. a. m. Wie weit diese fortgesetzte Betonung jenes Satzes einer fortdauernden praktischen Notwendigkeit, wie weit sie der Abschreibelust unserer Autoren entspricht, ist schwer zu konstatieren. Das aber wird man schon mit Rücksicht auf die Erzählung des Caepolla nicht annehmen können, dafs alle diese Autoren von Anfang an offene Thüren eingerannt hätten.

46) Vgl. noch Günther, Körperverl. 185.

47) Osenbrüggen, Alam. Strafr. 85, 266 f., Studien 163 f. hält die Talionsstrafe für urgermanisch; ebenso Wegele, falsche Anschuldigung 17; Wilda 960 f. nimmt Eindringen fremder Rechtsgedanken an, ebenso Brunner, Rechtsg. II, 677. Als mögliche Quelle kommt neben dem römischen Rechte auch die Bibel in Betracht.

48) Gleiche Grundsätze finden sich in germanischen Rechten auch für aufser-

römischen Quellen Vorschub; die Schuldpräsumtion, die sich hinter dem Satze „si probare non poterit“ verbirgt, wird leicht verkannt, und man vergifst, den Beweis des guten Glaubens offen zu lassen. So ist wohl das nach l. 11 Cod. Theod. IX. 1 (s. o. § 5 Anh. VIII) formulierte ed. Theoderici Regis, 13, zu verstehen:

Qui alterum quolibet crimine putaverit accusandum, non prius audiatur, nec de exhibitione aliquid iubeatur, nisi se praemissae inscriptionis vinculis obligaverit, et istud caverit apud competentem judicem, se eam poenam subiturum, *si non probaverit quod intendit*, quam possit reus convictus secundum leges excipere etc.

Getreuer ist auch in dieser Frage der Anschlufs der lex Wisigothorum an das römische Recht; lib. VII, 1, 5 (antiqua) scheint zwar auch sie nur am Erfolge zu hängen, aber diese Stelle ist nach lib. VI, 1, 6 zu ergänzen, wo ausdrücklich betont wird: Si certe quod opponit falsum esse constiterit, et *per solam invidiam* id fecisse patuerit, ut iacturam capitis, aut detrimentum corporis, vel rerum dampna pateretur, quem accusare conatus est, in potestatem tradatur accusati. Ille hanc poenam in se suisque rebus suscipiat, qui hoc alium innocentem pati voluerit.

Verschiedenheiten zeigen auch die langobardischen Edikte. Rotharis, 9, betont das Erfordernis des dolus: Et si ei probari non potuerit, *et cognoscitur quod dolose accusasset*, tunc ipse qui accusaverit, et probare non potuerit, widrigild suum componat etc. Dagegen steht Ratchis 10 (VI) auf entgegengesetztem Standpunkte: Si vero de causa regis aliquid dicere voluerit, sit ei licentiam veniendum ad palatium; et si, super quem dixerit, veritatem adprovaverit, sit condemnatus cui adprovaverit, et suscipiat sententiam secundum qualitatem causae, sicut anterior edictus continet; *et si veritatem adprovare non potuerit*, fiat ei datus in manus cum rebus suis, et faciat de eo quod voluerit.

Das Recht des späteren deutschen Mittelalters beschäftigt sich sehr viel mit der falschen Anschuldigung; die Strafe der Talion ist sehr verbreitet; s. B. Schwabensp. 350, I. Ruoget ein man den andern vor gerihte umb manslaht oder umbe swaz er sinen lip mac verliesen, der rihter sol sprechen: wil du den man zihen daz im an sinen lip get, daz soltu wizzen, mahtu in des niht uber komen als reht ist, so muostu liden swas er solte liden etc. (Vgl. eod. 175a, 231, 313a.)

Augsburger Stadtrecht (1276) Art. XXX. i. f.: Ist aber daz ers niht

gerichtliche Verleumdung, die überhaupt von der falschen Anklage nicht strenge geschieden wird. Lex Salica XXX (de conviciis) z. B. 7.: Si quis alterum dilatorem aut falsatorem clamaverit *et non potuerit adprobare*, DC dinarios qui faciunt solidos, XV culpabilis judicetur. Vgl. ed Rotharis 198. Augsburger Stadtrecht, Art. 45. Schwabensp. 175 a. (s. u.) — Osenbrüggen, Alamannisches Strafr. 286 f.; Wegele, falsche Anschuldigung, 29 f.

beziugen mak, so sol der clager an sine stat stan in allen dem rehte, als er stunt. (Vgl. eod. Art. XXVIII, § 5, XLI.) So und ähnlich lauten die Bestimmungen; von einem Verschulden des Anklägers ist keine Rede, und einzelne überlieferte Fälle beweisen, dafs man geneigt war, sich strenge an den Buchstaben des Gesetzes zu halten.[49])

Was das italienische Recht dieser Zeit betrifft, so begegnen wir demselben Widerstreit zwischen den doctores und den statuta, den wir oben gesehen haben. Die ersteren stehen ganz auf Seite des römischen Rechtes, das sie sinngemäfs interpretieren, und sie scheinen es auch durchgesetzt zu haben, dafs in der Praxis dem Kläger, der mit seinem Beweise nicht zu Rande gekommen war, ein eigener Termin gesetzt wurde, um seine Schuldlosigkeit darzuthun;[50]) aber sie sind sich darüber ganz klar, dafs dies *gegen* das Statutarrecht zur Geltung gebracht wurde. So sagt Baiardus[51]) unter Berufung auf zahlreiche Autoritäten: adde, quod excusaretur a poena calumniae, *etiamsi extaret statutum, ut eo ipso, quod in probando quis deficeret, calumniari praesumatur* et absque aliis indiciis possit accusator de calumnia puniri.[52])

Indessen wurde die Talionsstrafe für falsche Anklage und mit ihr natürlich auch die subscriptio in talionem[53]) gewohnheitsrechtlich ab-

---

49) Die im Texte vertretene Auffassung ist allgemein anerkannt; s. insbes. Osenbrüggen, alamann. Strafr. 267 ff., Studien 167 ff.; Strafr. in K. Ludwig's Landrechtsbuch v. 1346, Krit. Vierteljahrschr. VIII, p. 224 f.; Günther, Wiedervergeltung, I, 229 f.; Wegele, falsche Anschuldigung, 26 ff.; alle mit zahlreichen Quellenbelegen. Der Sachsenspiegel ist in dieser Frage sehr vorgeschritten; der unterliegende Ankläger zahlt Bufse und Wette nur dann, wenn er im gerichtlichen Zweikampf besiegt worden ist; aber in diesem Falle allerdings ohne weitere Rücksicht auf sein Verschulden: Ssp. I, 51. § 5; 62, § 4; 63, § 4 a. E.; II, 8; 16, § 2; vgl. Planck, Gerichtsverf. I, 140 ff., 151. — Charakteristisch ist eine Stelle des Stadtrechts von Wiener-Neustadt, (ed. Winter) cap. 42, welche zeigt, wie verschieden der Verfasser derselben den Wert des Anschuldigungs- und des Entschuldigungsbeweises anschlägt: Item quicumque impetit alium pro furtis, rapina, falso, periurio, violentia, homicidio vel alio consimili et hoc voluerit testibus comprobare, et si forsan alii sua expurgacio aut se solo aut pluribus manibus fuerit per sentenciam adinventa, qui si se expurgaverit, ex hoc neuter eorum tenebitur iudici in emendis nec accusator eciam accusato. Si autem in probacione defecerit accusator, idem in decem lib. iudici teneatur et accusato omne suum dampnum deponat penitus et restauret.

50) Bartolus in l. 1 Dig. ad Sc. Turpill. 48, 16, num. 6; Clarus, sent. V, § fin. quaest. 62 num. 9. — Auch nach kanonischem Rechte soll dem Ankläger solche Gelegenheit gegeben werden: c. 2. X. de calumniatoribus, V, 2.

51) In seiner additio zu num. 8. der citierten Stelle des Clarus; vgl. insbes. auch Bartolus in l. ult. Dig. de hered. inst. 28, 5, num. 6 ff.

52) Baiardus citiert die Bestimmung der Statuten (wohl im Zusammenhange der Stelle, die von Schuldpräsumtion spricht) in Form einer Präsumtion; anders und richtiger sein Gewährsmann Bartolus, l. c.: Pone enim, quod statutum dicat, quod si aliquis accusat aliquem de falso, vel falsam accusationem proponit, si non probat, puniatur etc.

53) Formeln für diese subscriptio sind uns noch erhalten; form. Turonenses, 29; form. extravagantes I, 6. (Ausg. d. Monum.) Bartolus in l. 7. D. de accus. 48, 2.

geschafft; Gandinus gibt uns dafür die Gründe: quia pauci homines invenirentur qui se vellent obligare ad talem poenam s. talionis, quoniam posset reus absolvi, vel quia plene maleficium non esset probatum, vel propter imperitiam advocati vel iudicis et sic timore poenae subscriptionis multa maleficia remanerent impunita, quod esse non debet.[54]) Die Stelle zeigt uns klar, in wie hohem Grade auch in Italien das Schicksal des Anklägers von dem Ausgange des Prozesses abhängig war.

Eine weitere Anwendung findet die Talion auf den Gefängniswärter, welcher einen Gefangenen entweichen läſst; er soll die Strafe erleiden, der jener entgangen ist; und zwar nach einigen Rechten sicherlich auch dann, wenn er den Häftling nicht absichtlich, sondern nur aus Nachlässigkeit entwischen lieſs; ja diese „vorwarlossunge" wird nicht einmal stets ausdrücklich erfordert:[55])

Schwabensp. 351. Swem gevangen liute bevolhen werdent, der ir zerehte hüten sol und hüte wil, und entrinnent si dem, er sol si wider suochen und vahen ob er mag; unde mag er ir niht wider geantwurten, er sol allen den schaden unde alle die buozze liden, die iener solte liden, der im da entrunnen ist. Der Kerkermeister haftet also gegebenen Falles für ein geringes Versehen — vielleicht sogar für Zufall — mit dem Kopfe.

Aber auch auſserhalb des bisher in Betracht gezogenen Kreises finden wir Haftung ohne Schuld. Den Gipfelpunkt der Unbegreiflichkeit erreicht das Recht dieser Epoche, indem es allen Ernstes eine *strafrechtliche Verbürgung* gestattet.[56]) Ein Unbeteiligter „nimmt" oder „bürgt" den Verbrecher vom Gerichte aus und verspricht, ihn zum Gerichtstage wieder zu stellen. Kann er dies nicht thun, so leidet er nach einer Gruppe *süddeutscher* Rechte *eben jene Strafe, die dem Verbrecher selbst zugedacht war*. Er wird also z. B. für den von einem Dritten begangenen Mord gerädert; niemand wird wohl irgend eine

---

54) Albertus Gaudinus, de malef. Rubr. qualiter fiat accusatio n. 6; Clarus, sent. V. § fin. quaest. 12, n. 17 ff.; qu. 81 n. 3. Vgl. Brunnenmeister, Quellen d. B. 38 ff.

55) S. John, Strafr. in Nordd. 59; Günther I 235, II 33, Anm. 101. Anders CCC 180; doch folgt noch dem alten Rechte ein Leipziger Schöppenspruch von 1558, mitget. durch Distel in Zeitschr. f. ges. Strafr. X, 441 f. — Für Italien Bonifacius de Vitalinis, Rubr. de carcer. privatis n. 7: Si autem per negligentiam custodis, tunc punitur eadem poena, qua carceratus debuit puniri. — Vgl. l. 4. Cod. de custod. reor. IX, 4.

56) Die Fälle, in denen ex lege für Handlungen Dritter (Machtunterworfene, Sklaven, Gäste u. s. w.) gehaftet wird, fristen sich noch lange fort; vgl. Pertile, V, § 189; Albertus Gandinus, rubr. de poenis reor. n. 7; Angelus Aretinus, rubr. dictum Sempronium in lib. CCC etc. n. 12 f.; Bonifacius de Vitalinis, de crimine haeresis n. 10; Julius Clarus, V, § fin. qu. 86. — Oetker, Kriminelle und civile Haftung Dritter nach hessischen Rechtsquellen. (Jurist. Festgaben f. Ihering von der Rostocker Juristenfakultät, 1892.)

Auffassung für möglich halten, die seine Strafe auf ein derselben entsprechendes Verschulden zurückführt. Ganz ähnlich verhält es sich, wenn jemand sich dafür verbürgt, dafs ein Dritter in Zukunft Friede halten werde (Friedensbürgschaft). In beiden Fällen ist es auch ganz gleichgiltig, ob der Bürge die übernommene Verpflichtung *schuldhaft* nicht erfüllt habe.

Schwabensp. 265. Swer bürge wirt eins mannes für gerihte ze bringenne, unde mag sin han nüt, so er in für bringen sol: er sol die selben buozze liden, die iener liden solte ....... Ez sol nieman bürge werden umbe den totslag; wirt aber ieman bürge umbe den totslag, man toetet in alse ienen; daz ist also gesprochen: was der man tot do er bürge wart, den man lobete für ze bringen, er stirbet für in etc. vgl. eod. 100 b.

266 ..... git ein man vride für den andren, unde brichet iener den fride, unde mag er sin nüt für bringen: man sleht im abe die hant.

Auch in dieser Frage steht der *Sachsenspiegel* an der Spitze eines *norddeutschen* Rechtskreises, der die Haftung der Bürgen auf Wergeld und Gewedde beschränkt, ganz analog der Haftung für absichtslose That:

Sachsenspiegel III, 9 § 1. Sve so burge wirt enes mannes ine vor to bringene vor gerichte, unde ne mach he sin nicht hebben alse he ine vor bringen sal, he mut *beteren* na deme dat he beklaget was, wende he an der klage gewunnen is. Gat ime die klage an den lief, he mut sin weregelt geven, dat sal werden deme klegere unde nicht deme richtere, sin wedde hevet he aver dar an. § 2. Tu dirre selven wis sal man den vrede beteren, den en man vor den anderen lovet. Vgl. eod. I, 65, § 3; Goslarer Statut, ed. Göschen, p. 40 Z. 30 ff.

Dem Systeme der Geldhaftung huldigen auch die Italiener.[57]

Eine Art von Garantenhaftung, wegen unterlassener Hinderung des Deliktes, schwebte wohl auch dem Schwabenspiegler bei Abfassung der Bestimmungen über Notzucht vor, die er in Erweiterung von Sachsensp. III, 1, § 1 mit pathetischer Rhetorik ausführt.

Schwabensp. 254. Unde ist daz ein maget oder ein wip in notnunft genomen wirt; und wirt si in ein hus gefueret wider ir willen, oder ob ez ir drinne geschiht; unde si rueffet und ir nieman hilfet noch gehelfen mag: mag man die liute uber ziugen selbe dritte mit den die ir rueffen hant gehoeret, wan sol über die liute rihten also daz man

---

57) Vgl. Platner, Bürgschaft, passim; Hillebrand, Rechtssprüchwörter, 114 f.; Löning, Vertragsbruch 433 ff., 494, Anm. 23 (mit reicher Quellensammlung); Schierlinger, Friedensbürgschaft 19 ff., 54; Kohler, Shakespeare, 60; Nachwort, 8 f.; Günther, I, 235 ff. — Über das italienische Recht: Albertus Gandinus, rubr. quid sit agendum reo praesente n. 7; Bonifacius de Vitalinis, rub. de comparitione accusati etc. n. 64 ff.; de inquisitionibus et earum formis n. 49 f., 57; Jul. Clarus, V, § fin. qu. 46 n. 17 ff.

in daz houbet ab slahe; wen sol allez daz toeten, daz in dem huse ist, rinder und ros, katzen und hunde, hünre und gense und enten, unde swin unde *liute, iung und alt, unde allez daz lebende drinne ist, daz sol man alles toeten,* ..... daz hus dar inne ez geschehen ist, daz sol man uf die erde slahen .....

Es bedarf wohl keiner Ausführung, dafs der Autor Schuldige und Unschuldige mit vollem Bewufstsein durcheinanderwirft; vielleicht möchte man in unserer Stelle weniger ein Zeugnis über das praktische Recht als vielmehr die groteske Ausschweifung einer durch die Schändlichkeit jenes Verbrechens übermäfsig angeregten Phantasie erblicken; die Richtung, in der diese sich bewegt, ist immerhin ein neuer Beleg für unsere Behauptungen.

Mit der mangelnden Würdigung der Schuldfrage hängt auch die Erscheinung der *Tierstrafen* auf das innigste zusammen. Seit dem 13. Jahrh. werden diese an verschiedenen Orten vollzogen: wirkliche öffentliche Strafen, bei denen wohl auch der Gedanke der Talion durchklingt.[59]) Beaumanoir berichtet darüber in dem bereits angezogenen Kap. 59, „qui parole des cas d'aventures qui avienent *par mesqueance* (= durch Unglücksfall, „per infortunium") — die Einreihung in diesen Abschnitt trifft sehr richtig den Kern der Sache — im § 6: Li aucun qui ont justices en lor teres, si font justice de bestes quant eles metent aucun a mort; si comme se une truie tue un enfant, il le pendent et trainent, ou une autre beste; mais c'est noient (= keineswegs) à fere, car bestes mues n'ont nul entendement qu'est biens ne qu'est maus; et por ce est che justice perdue. Car justice doit estre fete por le venjance du meffet, et que cil qui a fet le mefet sace et entende que por cel meffet il emporte tel paine; mais cix entendemens n'est pas entre les bestes mues etc.

Dem vorgeschrittenen Vergeltungsbegriffe des Schriftstellers widerstrebt es also, die Strafe auf das unvernünftige Vieh anzuwenden. Und doch ist mit Brunner anzunehmen, dafs der Sinn des ganzen Institutes dahin ging, dem Bedürfnisse der Sippe nach *Rache* an dem schädigenden Tiere Genüge zu thun.[60]) Wir haben ja gesehen, dafs diese weite Ausdehnung durchaus dem Wesen der Rache entspricht. —

Das Bild mittelalterlicher Strafjustiz wäre jedoch ein höchst einseitiges, wollte man nicht auch die Lichtseiten gebührend hervorheben.

---

58) Es handelt sich also um eine weitgehende *Wüstung*, wie sie mit der alten Friedlosigkeit verknüpft war. Verschiedene Formen der Wüstung haben sich noch lange erhalten, besonders in den italienischen Statuten.

59) Vgl. die sehr umfassende Monographie v. Amira's, bes. p. 9 f.

60) Brunner, Rechtsg. II, 556. Das Institut der Tierstrafe steht im M.-A. unter Einflufs der bekannten Bestimmungen des mosaischen Rechts. Ob dieselben ausschliefsliche Quelle dieser Idee sind, ist bestritten. Dafür v. Amira, dagegen Brunner.

Eine ganze Reihe von Delikten erfordert in der Regel zu ihrem Thatbestande die *wissentliche* Begehung, und zwar auch in jenen Rechtsquellen, welche sonst dem Erfolge huldigen. Es sind das *im allgemeinen solche Delikte, die sich nicht direkt wider die Person des Einzelnen richten, also keinen Anlafs zur Privatrache bieten;* hier tritt das öffentliche Interesse an der Strafe in den Vordergrund, und damit ist der Boden gegeben für eine unbefangenere Ausbildung des Schuldbegriffes. Vorbildlich waren hier neben dem römischen Rechte und dem altgermanischen Friedensrechte auch die kirchlichen Friedensordnungen.[61])

In erster Reihe ist ein reines Unbotmäfsigkeitsdelikt zu nennen. Die Reichsgesetzgebung[62]) verhängt strenge Strafen gegen jene, die einen Ächter *wissentlich* hausen und hofen. Diese Strafen werden von den verschiedenen Rechtsbüchern aufgenommen, wobei nicht leicht vergessen wird, das Erfordernis der Wissentlichkeit ausdrücklich zu betonen.

Sachsensp. III, 23. Sve herberget oder spiset *wetenlike* enen vervesteten man ....

Schwabensp. 283. Swer den echter herberget oder spiset *mit wissende* ..... (vgl. eod. 137, c.)

Wien 1221, 6. Quicumque civium incusatus fuerit, quod *scienter* proscriptum aliquem hospitio recepit ... (ebenso der gesamte Wiener Rechtskreis).[63])

Auch bei anderen Delikten gehört Wissentlichkeit zum Thatbestande. Im Schwabenspiegel findet sich dieses Erfordernis in folgenden Fällen: 1. Verwirkung des väterlichen Erbes dadurch, dafs der Sohn bei seines Vaters Eheweib (seiner eigenen Stiefmutter) oder dessen „vriundinne" sündlich liegt „mit wizzen"; oder wenn er „mit bötzen liuten wizzentlichen wont" (15, I, IV). — 2. Wer gestohlenes oder geraubtes Gut kauft oder erbt „ane sine wizzen" (57, 58, 317).[64]) —

---

61) Huberti, Gottesfrieden, I, 132 f.; seine Berufung auf die Usatici Barchinone patrie, 40, 49 (bei Giraud, Essai sur l'histoire du droit français au moyen âge, II, p. 473, 474) ist jedoch nur teilweise richtig; Kap. 49 spricht nämlich nicht von wissentlicher Begehung eines Deliktes, sondern davon, dafs der Schwörende den Zusatz „suo sciente" (= „seines Wissens und Erinnerns") machen solle.

62) Vgl. Capitula per missos cognita facienda 803—813, § 2. (Boretius I, 156); Cap. missorum Silvacence v. 853, § 6 (Boretius-Krause II, 272); Sententia v. 1219; Heinrici regis treuga § 8; Friedrich II., constitutio pacis v. 1235, § 13; Rudolf I., const. pacis generalis v. 1281, § 37; const. pacis in Franconia v. 1281, § 14; const. pacis v. 1287, § 36 (bei Pertz, Mon. leg. II, pp. 234, 267, 317, 429, 434, 438, 451).

63) Ebenso Augsburg, XXXV, § 3 (ed. Meyer). Weitere Stellen: Osenbrüggen, Hausfrieden, 51 f., alam. Strafr. 176; John, Norddeutschl. 235 ff.; Poullet, Liége, 481.

64) Vgl. Friedrich II., const. pacis v. 1235, § 14; Rudolf I., const. pacis in Franconia, 1281, § 13; const. pacis v. 1287, § 35 (Pertz, II, pp. 317, 434, 451).

3. „Swer brugge zol oder wazser zol hin fueret mit wissende" (193). — 4. Wer fremdes Land bebaut, „ze unrehte mit wizzende" (279, 281). — 5. Speisen und Herbergen des Ächters (283, s. o.). — 6. Der Schöffe, der „ein unrehte urteil hat funden mit wissende" (286, a.). — 7. Wer des Reiches Gut wissentlich angreift, begeht Treubruch (362, im Anschlusse an Capitulare leg. add. 818, 819, Boretius I, 280 ff., § 20.). — 8. Wer wissentlich falsches Geld wechselt (363, II, b.). — 9. Der Schreiber verfertigt falsche Handfesten „daz er wol wiste, daz ez valschz waz, daz er da schreip" (369).

Schliefslich wurde eine indirekte Berücksichtigung des Verschuldens auf einem anderen Wege erzielt: viele Rechte teilen die Tötungen und Körperverletzungen nach der Schwere des Verbrechens ein und machen für die höheren Formen Voraussetzungen, die das Vorhandensein der verbrecherischen Absicht implicite bedingen. Neben der *verräterischen* Begehungsform ist in erster Reihe die *Prämeditation* zu nennen, auf die oft das allergröfste Gewicht gelegt wird. Der Gegensatz von Vorbedacht und „Hastmut" ist ein altgermanischer und erscheint auch in den Quellen unserer Epoche mit tief eingreifender Bedeutung; er bildet einen ähnlichen Einteilungsgrund der Verbrechen, wie dolus und casus im römischen Rechte.[65])

Diese Distinktion von Vorbedacht und jäher That liegt manchesmal auch dort vor, wo man auf den ersten Blick den Unterschied von Absicht und Ungefähr vor sich zu haben glaubt. Als Beispiel möge der Wiener Rechtskreis dienen. Wien 1221, 9, unterscheidet die Heimsuchung, die *casualiter* verübt wird, von der Heimsuchung, die *premeditative*, assumptis aliquibus amicorum suorum erfolgt. Das casualiter

---

65) Vgl. § 2, Anm. 23. Nachweise der Quellen geben: du Boys, histoire . . . des peuples modernes III, 228; Osenbrüggen, alamann. Strafr. 137 ff.; Pfenninger, Strafr. der Schweiz, 48 f.; Huberti, Gottesfrieden, 230 ff.; über die Entwickelung des Begriffes „vorsate" in den norddeutschen Quellen vgl. Trummer, Vorlesungen I, 393 ff., III, 188 ff.; John, Norddeutschl. 67 ff. Insbesondere aber hat die Prämeditation eine aufserordentliche Bedeutung in den italienischen Statuten. Albericus de Roxiate, super statutis, III, 64. Einzelne Beispiele: Novaria (1277) cap. 89 ff., 373: *asto animo — ex proposito* (Mon. hist. patr. XVI, 1, 591 ff). — Pergamum (1237), cap. 6, 11: *tractatim* — dann teilweise gleichgestellt: se defendendo vel *in rixam* vel casu (Mon. cit. 1932 ff.). — Brixia (13. Jhndt.) *premeditate* (Mon. cit. 1584—130) ebenso Brixia 1313, cap. 5, 6, 12 (l. c. 1647 ff.). — Verona (1450) lib. III, cap. 40: Item quod si quis *aliquo casu et non praemeditate* hominem occiderit, si in culpa aliqua reperiatur, pro qualitate culpae puniatur etc. (Statuta magnif. civ. Veronae. Ver. 1582). — Parma (1255) in Mon. hist. ad prov. Parmens. I, 1, p. 281 f.: *appensate;* ebenso Parma (1347) eod. I, 4, p. 222. — Statuta civitatis Eugubii (Gerundae 1685) lib. IV, rubr. 27. de homicidio. Quicumque *dolose et animo deliberato* homicidium fecerit . . . . capite puniatur, . . . . . Quod si quis *casu fortuito* absque ulla culpa homicidium commiserit, vel ad sui necessariam defensionem, et suarum rerum, nulla poena puniatur etc.

ist soviel als „gelegentlich": bei einem Streite flüchtet etwa der Schwächere in das Haus eines Dritten, der andere folgt ihm nach und verübt an ihm daselbst eine Gewaltthat. Durch solche Heimsuchung erachtet der Germane seit jeher seine Hausehre minder beschimpft, als durch planmäfsigen, kühl berechneten Angriff.[66]) Die späteren deutschen Übersetzungen (Hainburg, 1244; Krems und Stein, 1305, 33; Handfeste Albrecht II für Wien, 1340) geben diesen Gegensatz wieder durch: van geschicht — van vordachtem willen. So wenig man in diesem Falle das casualiter, van geschicht der sonstigen Wortbedeutung gemäfs verstehen darf, so wenig ist dies auch bei einer anderen Bestimmung zulässig: Wien 1244, I sagt: Statuimus ergo, ut si aliquis civium, habens infra murum civitatis et fossatum ad valorem quinquaginta talentorum, *de homicidio* fuerit accusatus, aut *casualiter* in humilem personam perpetraverit, aut vim vi repellendo, quod vulgariter dicitur *notwer* homicidium commiserit, tales non indigeat ulla pro se fidejussione. Die Handfeste Herzog Rudolf III für Krems und Stein übersetzt dies: ob dehain purger .... wird eines *todesslages* gezigen, oder ob er hat *manslacht* an einem mane getan.[67]) Zweifelhaft ist die Auslegung von Wiener Neustadt, Kap. 18. Item si aliquis alicui oculum cecaverit *ex proposito,* nostro iudicio conservetur; si autem *ex casu vel in pugna* factum fuerit ..... iudici det X talenta et totidem vulnerato, vgl. eod. 19. Anderweitige Bestimmungen, die auf die Schuldfrage bezogen werden könnten, weist das altösterreichische Recht nicht auf.

Kaum ist es möglich, ein zusammenfassendes Gesamturteil über diese Periode germanischer Rechtsbildung zu fällen. Es herrschte eine beispiellose Zerfahrenheit. Im Norden Deutschlands ein Rechtsgebiet, das wenigstens für die schwersten Strafen böse Absicht voraussetzt; im Süden die Tendenz, durch weiteste Ausdehnung des Verschuldens der Erfolghaftung nahe zu kommen, oder auch sie ohneweiteres zu statuieren; in Italien der Kampf des Erfolgprinzipes gegen das römische Recht; anderwärts in einem Atem widersprechenden Bestimmungen. Es ist kaum zu bezweifeln, dafs im Gefolge dieser Erscheinungen auch eine beträchtliche Rechtsunsicherheit auftrat[68]), besonders dort, wo die divergierenden Rechtskreise aneinandergrenzten. So bildet die Schuldfrage einen dunklen Punkt des spätgermanischen Strafrechts; nicht den

---

66) S. Wilda, 271 f., 567; vgl. Trummer, Vorträge, 395 ff., insbes. die daselbst p. 396, Anm. 1 abgedruckte Urkunde von 1292. Osenbrüggen, Hausfrieden, 67 f.

67) Wäre meine Auffassung der manslaht als unprämeditierter Tötung nicht richtig, so würde es umsomehr auffallen, dafs Absatz 3 der letztgenannten Quelle bestimmt: Und wirt ein manslecke begriffen an der hanthaft ...... man buzz in mit dem haupt.

68) S. u. § 8 zu Anm. 48, 49.

einzigen. Auch die Zeitgenossen waren sich bewufst, dafs die Strafgesetzgebung höheren Anforderungen nicht genüge. „Daz geschiht an mengen“ sagt der Schwabenspiegler, 226 i. f., „daz ein mensche vor gotte schuldig ist und vor den liuten unschuldig; wan wirt ouch ofte vor den liuten schuldig der doch vor gotte gar unschuldig ist.“ Eine Erleuchtung war dringend notwendig: sie sollte aus dem Süden kommen.

---

## § 7.

## Das kanonische Recht.

**Litteratur.**

v. Boenninghausen, Tractatus iuridico-canonicus de irregularitatibus. I—III. 1863/6. Covarruvias a Leyva, Didacus (1512—1577), in Clementis quinti constitutionem si furiosus, rubrica de homicidio, relectio; citiert nach dessen opera omnia, Coloniae Allobrogorum, 1679. van Espen, Jus ecclesiasticum universum. Lovanii 1778. Fagnanus, commentaria in decretales. Coloniae 1704. Ferrari, Prompta bibliotheca canonica. Romae 1766. Friedberg, Aus deutschen Bufsbüchern. 1868. Gonzalez Tellez, Commentaria in decretales. Maceratae 1737. v. Hefele, Conciliengeschichte. 2. Aufl. 1873 ff. Hinschius, System des katholischen Kirchenrechtes. 1869 ff. Innocenz IV., Commentarius super quinque libros Decretalium. Francof. 1570. Löning, Edgar, Geschichte des deutschen Kirchenrechts. I, II. 1878. München, Das kanonische Gerichtsverfahren und Strafrecht. II. 2. Ausg. 1874. Phillips, Kirchenrecht. 2. Ausg. 1845. Schmitz, Die Bufsbücher und die Bufsdisciplin der Kirche. 1883. Schulte, Das katholische Kirchenrecht. I. 1860; II. 1856. Thomas v. Aquino (1225—1274), Summa theologica, cum notis Thomae de Vio cardinalis Cajetani. Patavii 1689. Wasserschleben, Die Bufsordnungen der abendländischen Kirche. 1851.

Dem allgemeinen Plane dieses Werkes entsprechend soll hier nicht eine erschöpfende Darstellung der Schuldlehre in dem Rechte der Kirche gegeben werden. Es werden vielmehr nur jene Momente hervorgehoben, die in einer engeren Verknüpfung mit der allgemeinen Entwicklung stehen; in Bezug auf alles übrige sei auf die Litteratur des kanonischen Rechtes verwiesen.

Es ist bekannt, dafs das kirchliche Recht sehr oft in höchst extremer Weise auf die innere Seite der Handlung den Nachdruck legt, ja sogar seelische Vorgänge, die sich in keinerlei Handlung manifestiert haben, vor sein Gewissensforum zieht.[1]) Aber es mangelt die einheitliche Durchbildung der Schuldlehre, und wir finden Erscheinungen, die in das System schlechterdings nicht hineinpassen. Und gerade eine dieser

1) Vgl. etwa Berner, Imputationslehre, 287 ff.

letzteren Erscheinungen hat in der Folge für die Fortbildung des weltlichen Rechtes eine unmittelbare und man kann sagen verhängnisvolle Bedeutung erlangt.

Die systematischen Unebenheiten erklären sich durch die Einwirkung *volkstümlicher* Rechtsanschauungen; wiederholt ist insbesondere darauf hingewiesen worden, dafs die *Pönitenzialbücher* einen starken germanischen Einschlag aufweisen; unter diesem Gesichtspunkte ist die Regelung der Schuldfrage in denselben zu betrachten.[2])

Viele Bufsbücher gehen bei Bestimmung der Pönitenz für Tötungen von den Sätzen der Synode von Ancyra (314) aus; dieselbe bestimmt:[3])

Can. 22. *Περὶ ἑκουσίων φόνων, ὑποπιπτέτωσαν μὲν, τοῦ δὲ τελείου ἐν τῷ τέλει τοῦ βίου καταξιούσθωσαν.*

„Inbetreff des absichtlichen Mordes sollen die Thäter substrati sein und am Ende ihres Lebens der Vollendung (= Abendmahl) gewürdigt werden.“

Can. 23. *Ἐπὶ ἀκουσίων φόνων, ὁ μὲν πρότερος ὅρος ἐν ἑπταετίᾳ κελεύει τοῦ τελείου μετασχεῖν κατὰ τοὺς ὡρισμένος βαθμούς· ὁ δὲ δεύτερος τὸν πενταετῆ χρόνον πληρῶσαι.*

„Inbetreff des unabsichtlichen Totschlages bestimmt die frühere Verordnung, dafs (der Thäter) nach 7 Jahren der Vollendung (des Abendmahles) teilhaft werde, unter Einhalt der bestimmten Stufen; die zweite Verordnung aber will, dafs er 5 Jahre erfülle.“

Für diese Wertung des unabsichtlichen Totschlages findet sich in den heiligen Büchern kein Anhalt; sie beruht auf volkstümlicher Anschauung und ist vielleicht von der uns bereits bekannten antikisierenden Tendenz des Kultes getragen; die Terminologie deutet auf das altgriechische Recht. Bei der Übertragung in die auf britischem und fränkischem Boden entstandenen[4]) Bufsbücher verschärft sich der Gegensatz zu dem biblischen Rechte noch dadurch, dafs für absichtliche Tötung eine zeitlich begrenzte Pönitenz geschaffen wird, deren Dauer die für kasuelle Tötung fixierte Zeit nur wenig überschreitet. Im einzelnen finden sich grofse Verschiedenheiten.

Poenit. Valicell. III. (Schmitz p. 784 f.) De homicidiis casu ... (Einleitende Kasuistik.) .... de his et aliis homicidiis Episcopi et alii sancti doctores varie sanxerunt. Quidam enim haec talia homicidia infra quin-

---

2) Vgl. Wilda, 114 f.; Friedberg l. c. 9 f.; Kohler, Shakespeare, 188; Brunner, Absichtslose Missethat, 827, 830, Rechtsg. II, 548.

3) Text und Übersetzung nach Hefele, Conciliengeschichte. I. 241.

4) Schmitz hat gegen Wasserschleben behauptet, dafs die Bufsbücher von der *römischen* Universalkirche ausgegangen seien; dagegen spricht schon ihr stark hervortretender nationaler Charakter; ich nehme die Gelegenheit wahr, unerfahrene Leser vor der kritiklosen Benützung von Schmitz' selbstständigen rechtshistorischen Ausführungen zu warnen; das gilt insbesondere von der zum obigen zu citierenden Stelle p. 247—258.

quennium sub multa jejunii misericordia terminant; quidam autem infra trium annorum curricula finiunt; alii vero, ut Theodorus, Isidorus et Augustinus nec non et synodus Hybernensis hujuscemodi homicidiorum poenitentiam intra unius anni spatium judicaverunt.[5])

Das bekannte Werk des Regino hat mehrere höchst widersprechende Stellen über diese Materie.[6]) Eine von diesen enthält eine Wertung verschiedener Reate, die sich der urgermanischen Auffassung am meisten nähert.

I, 304. Fecisti homicidium . . .? Si voluntarie fecisti, septem annos poenitere debes; si nolens aut casu, quinque annos; si pro vindicta parentis, unum annum, et sequentibus duobus annis tres quadragesimas et legitimas ferias. . . . . Fecisti truncationes manuum aut pedum, aut oculos hominis eruisti, aut vulnerasti hominem? Pro truncatione annum unum poenitere debes, pro vulnere quadraginta dies.

Also zwischen absichtlicher und unabsichtlicher Tötung ein sehr geringer Unterschied, der bei den Körperverletzungen ganz vernachlässigt wird; und die Tötung in Ausübung der Rache ungleich milder behandelt, als die kasuelle Tötung![7])

Sowie in den Bufssätzen der Pönitenzialbücher der Einflufs volkstümlicher Rechtsanschauung hervortritt, so glaube ich auch einen Rechtssatz, der sich auf dem Gebiete der *Irregularität* gebildet hat, mit diesem Einflusse in Zusammenhang bringen zu müssen.

Die Sätze über die Irregularität verfolgen den Zweck, Unwürdige von der Ausübung kirchenämtlicher Funktionen auszuschliefsen. „Infamibus portae non pateant dignitatum“ (Reg. 87 in VI° de R. J.). Nichts hinderte die Kirche, bei der Beurteilung der Würdigkeit ihrer Funktionäre eine über die landläufige Moral hinausgehende Strenge zu entwickeln; aber sie konnte keineswegs hinter dieser Moral auch nur

---

5) Vgl. die irische Kanonensammlung, ed. Wasserschleben (1885) lib. 28. cap. 5, 10; und über den Einflufs des keltischen Rechtes Dareste, Études, 375 ff.; sehr bekannt sind die septem genera nolentia homicidiorum des Valicell. I. 15 (Wasserschleben = Valicell. II, 8, Schmitz); vgl. noch in der Sammlung Wasserschlebens pp. 225, 361, 391, 478, bei Schmitz p. 247 ff., 437 ff., 474 f., 559, 629, 686, 722. — Verschiedene Konzilienbeschlüsse bei v. Hefele, II, 685 (Epaon, 517); III, 75 (Rheims, 624/5); 105 (Nantes, 658); IV, 557 f. (Worms, 895); das Schreiben des Papstes Zacharias eod. III, 551. — Vgl. auch Gratian, Dist. L, can. 42 ff. — Hälschner, Preufs. Strafr. II, 1, 155. Hinschius, IV, 830, V, 176.

6) Reginonis abbatis Prumiensis libri duo de synodalibus causis et disciplinis ecclesiasticis; ed. Wasserschleben (1840); die oben mitgeteilte Stelle laut der Überschrift nach den Bufsregeln von Theodorus von Canterbury und Beda Venerabilis; vgl. eod. II, 6 ff, 17, 18, 22.

7) Pönitenz bei kasueller Tötung findet sich auch im Lemberger Rechtsbuch, c. 66, 76, 79; darüber s. Kohler, Recht der Armenier; ferner noch heutigen Tages in Rufsland, „zur Beruhigung des Gewissens des Schuldigen“: Foinitzki in Strafges. d. Gegenw. 287.

scheinbar zurückbleiben, sie konnte nicht einen Menschen zum Altardienste zulassen, der in den Augen der Gemeinde mit einem Makel behaftet war. Mochte auch das Urteil der Menschen in keiner Weise zu billigen sein, auf ganz falschen und verwerflichen Prämissen beruhen: solange es existierte, mufste es beachtet werden. Das liegt im Wesen des menschlichen Ehrbegriffes; der moderne Staat befindet sich gegenüber seinem Offizierskorps in der gleichen Zwangslage.

Die Rücksicht auf das Urteil der Laienwelt tritt bei den einzelnen Irregularitätsgründen deutlich hervor; sie beherrscht die irregularitas ex defectu famae; die Besorgnis eines „scandalum" verbannt den kranken oder verstümmelten Priester von dem Altare.[8]) Und die Sorge für den guten Ruf ist es auch, welche bei der irregularitas ex delicto eine grofse Rolle spielt; wer vor der Mitwelt als Verbrecher dasteht, soll nicht geistliche Würde ausüben.[9])

Gerade bei dem wichtigsten Falle des letztgenannten Irregularitätsgrundes, dem homicidium[10]), stand die volkstümliche Anschauung in einem schroffen Gegensatze zu der christlich-römischen. Dem Volke erschien der kasuelle Totschläger nicht in jener unbefleckten Reinheit, wie sie der Altardienst erforderte; dagegen verwiesen die christliche Moral und das für die Kirche mafsgebende römische Recht ausschliefslich auf die innere Seite der Handlung. In diesem Widerstreite fand sich eine künstliche Vermittlung, deren Prinzip — ähnlich dem des Schwabenspiegels — die möglichste Ausdehnung des Schuldbegriffes war.

Die seit Anfang des 13. Jahrhunderts herrschende Lehre läfst sich folgendermafsen zusammenfassen: Irregularität ist die Folge jeder *schuldhaften* Tötung. Als Schuld aber gilt nicht nur dolus und culpa des römischen Rechtes; sondern die Tötung gilt auch dann als verschuldet, *wenn der Thäter, im Begriffe etwas Unerlaubtes zu thun, durch Zufall tötet. Versanti in re illicita (operam danti rei illicitae) imputantur omnia quae sequuntur ex delicto.*

Diese Theorie findet sich meines Wissens zum erstenmale in der zwischen den Jahren 1191—1198 entstandenen Summa decretalium des Bernardus Papiensis, des berühmten Verfassers des Breviarium

---

8) Vgl. cap. 2, 3, 4, X. de clerico aegrot. III, 5.

9) Nur aus dem angegebenen Gesichtspunkte ist es zu verstehen, warum der *Notorietät* des Deliktes eine so hohe Bedeutung beigemessen wurde. — Zum obigen ist zu vergleichen Phillips, Kirchenr. I, 520, 545, 550, 557 f.; v. Boenninghausen, III, 160 ff.; Hinschius, I, 11, 15, 30 ff., 38 ff. — Es mag erwähnt werden, dafs die Irregularität nicht als Strafe gedacht ist, wenn sie auch oft als Übel wirkt. Phillips 587, Hinschius 10, Anm. 6.

10) Bei diesem Delikte ist der Skandal ausdrücklich als Entscheidungsgrund angegeben in cap. 14, 17, 18, X. de homicid. V, 12. — Es ist auch durchaus wieder eine Anlehnung an die volkstümliche Überzeugung, wenn der *Versuch* der Tötung *nicht* irregulär macht! Vgl. Hinschius, I, 42.

extravagantium („compilatio prima"); und zwar im lib. V. tit. 10 de homicidio voluntario vel casuali, §§ 2, 5, 7 (ed. Laspeyres). Bernardus belegt seine Lehre durch c. 42—44, 49—51 der Dist. L, c. 41. Causa 23, qu. 5, und c. 9, 10 seiner eigenen Sammlung, h. t. (= c. 8, 9 X. h. t. V, 12); daneben citiert er einige Stellen des römischen Strafrechts. In diesen Quellen nun findet sich kaum ein schwacher äufserlicher Anhalt[11]) für seine Theorie vom versari in re illicita. Trotzdem trägt er sie mit grofser Sicherheit und anscheinend nicht als ein Novum, sondern als eine alterprobte Wahrheit vor.[12]) Durch sein Werk ist diese

11) Als solchen könnte man höchstens eine Wendung in c. 50 cit. (= cap. 29 des Concils v. Worms, 868) ansehen; der Baumfäller, bei dessen Arbeit jemand zufällig erschlagen wurde, wird freigesprochen; dabei wird hervorgehoben, dafs jener *„operi necessario incubuit"*. In ähnlicher Weise betont eine spätere Entscheidung (c. 15 X. h. t. v. J. 1213), dass der Thäter rem necessariam agebat et utilem. Der Gedanke erscheint völlig ausgebildet bei Rufinus. Dieser fordert zur vollen Diligenz, dafs die schädigende Handlung von dem Thäter nicht ohne Grund unternommen worden sei: Stultum est enim sentire, quod ille diligenter fecerit aliquid qui faciendi rem alias otiosam nullam occasionem habuerit. Derselbe Autor hält es auch für ausgemacht, dafs wer nur verwunden will, aber tötet, licet animum occidendi non habuerit, tenetur tamen reus homicidii. (Die Summa magistri Rufini, ed. v. Schulte, Entstehungszeit ca. 1156; zu c. 36 f. Dist. 45, Dist. 50; zu c. 41 Caus. 23 qu. 5. letztere Stelle wiederholt: multum refert, cum ex casu quispiam alium interfecerit, *otiosae rei intendat*, vel nihil tale agat. In primo non est alienus a crimine, in secundo sine peccato transit, si tamen diligentiam debitam adhibuit). Es ist nicht unmöglich, dafs Bernardus dadurch beeinflufst war, und nur verständigerweise die „unnütze, müfsige Sache" durch die res illicita ersetzt hat. Weiteres über etwaige Vorgänger des Bernardus konnte ich nicht feststellen. (Auf die Zurechnungslehre des Rufinus wurde ich von Herrn Dr. v. Hussarek gesprächsweise aufmerksam gemacht; die Summen des Paucapalea und des Rolandus haben bei flüchtiger Durchsicht nichts ergeben.) — Ich möchte noch bemerken, dafs ich von einem Zusammenhange mit dem sog. „casus mixtus" des römischen Rechtes (s. u. S. 148) keine Spur gefunden habe.

12) Auf dem gleichen Grundsatze beruht wohl auch die Dekretale Innocenz III. von 1212 (c. 19. X. h. t.) Ein Mönch hatte an einer Frau eine Operation vorgenommen; die Patientin unterliefs es, seine Verhaltungsmafsregeln zu befolgen und starb infolge einer Nachblutung. „Nos igitur fraternitati tuae respondemus, quod licet ipse monachus multum deliquerit *officium alienum usurpando, quod sibi minime congruebat*, si tamen causa pietatis et non cupiditatis id egerit, et peritus erat in exercitio chirurgiae, omnemque studuit, quam debuit, diligentiam adhibere, non est ex eo, quod per culpam mulieris contra consilium eius accidit, adeo reprobandus, quod non post satisfactionem condignam cum eo *misericorditer* agi possit, ut divina valeat celebrare; alioquin interdicenda est ei sacerdotalis ordinis exsecutio de rigore." Die Ausübung der Chirurgie wurde erst durch das nachfolgende vierte Konzil vom Lateran (1215) den Klerikern in den höheren Weihegraden verboten; aber schon hier fafst sie der Papst offenbar als res illicita auf; die Begründung erinnert — wie auch die Rubrik zu X. III, 50 — lebhaft an das „culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti" der l. 36 D. R. J. 50, 17, die auch von der Glosse zur Begründung des Satzes vom versari in re illicita angezogen wird; Gl. in c. 6 § 7 h. t. sub voce consilium. (Vgl. u. S. 148.) Nur mit Rücksicht auf ganz ausserordentlich mildernde Umstände (Interesselosigkeit und volle Diligenz des Thäters, Verschulden der Patientin selbst) gestattet der Papst

Theorie vielleicht zur Herrschaft gelangt; in drei Entscheidungen aus der Zeit von 1200—1234 (c. 13, 23, 25 X. h. t. V, 12) wird bereits als Grund des völligen Freispruches angeführt, dafs der Thäter „non dedit operam rei illicitae“; und in der Folge wird dieser Satz zum Gemeingute der kirchenrechtlichen Doktrin[13]); er wird mit Vorliebe als „summa“ an die Spitze der canones gestellt,[14]) und geht, zum Gemeinplatz abgeschliffen, in die Theorie des bürgerlichen Strafrechts über.

Man sollte meinen, dafs eine Kritik der Lehre vom versari in re illicita zu den überflüssigsten Dingen gehört, mit denen sich ein moderner Jurist beschäftigen kann. Jeder Schuljunge mufs ja darauf kommen, dafs deshalb allein, weil ich etwas Verbotenes thue, zwischen meinem Wissen und Wollen einerseits, dem zufälligen Erfolge der Handlung anderseits nicht die lockerste Verknüpfung hergestellt ist. Indes, diese Theorie hat einen ganz merkwürdigen Erfolg gehabt; sie ist noch heute im Strafrecht der ersten Kulturvölker mehr oder minder deutlich erhalten. Deshalb ist es nicht ohne Interesse, von jener Kritik Kenntnis zu nehmen, die auf dem Boden des kanonischen Rechtes selbst sich erhob. Zwei Autoren[15]) seien hier besonders genannt.

Covarruvias l. c. II, § 4, num. 9, schreibt: Etenim aut haec irregularitas oritur ex illa culpa, quam quis habet in eo, quod operam dat rei illicitae; aut ex illa quae contingit negligentia non praecavendi, quae homicidio casuali poterant causam dare. Non oritur ex posteriori, ut omnes fatentur; quia itidem constituitur irregularitas, etiamsi qui dabat operam rei illicitae adhibuerit diligentiam quam debet, praecavendo, quae nocere potuissent, et quae praecavere potuit ac tenebatur. Igitur irregularitas oritur *ex priori culpa*. Quod si ex priori culpa

---

*im Gnadenwege* eine Abbüfsung. Von Rechtswegen liegt also auch hier Irregularität vor. Vgl. v. Boenninghausen, II, 74 f., bes. Note 8. Ob der Fall unter die Rubrik homicidium oder defectus perfectae lenitatis unterzubringen ist, erscheint für uns gleichgiltig; *jedenfalls macht nicht die verbotene Vornahme der Operation, sondern der wenn auch kasuell hinzutretende Tod irregulär.* Über die anknüpfenden Kontroversen und die spätere Entwicklung ist zu vergleichen: Covarruvias, l. c. II, § 4, num. 2; v. Boenninghausen, l. c.; Hinschius, I, 29 f.

13) S. Innocenz IV († 1254) zu c. 9 X. h. t. num. 7; die *Glosse* zu c. 6, § 7 h. t. sub voce consilium (Verf. Bernardus Parmensis, † 1266); Hostiensis († 1271) in seiner berühmten summa gibt h. t. eine unerträglich breitgetretene Paraphrase der Summe des Bernardus Papiensis; vgl. ferner Thomas v. Aquino († 1274) summa theolog. II, 2, qu. 64. art. 8; von späteren Covarruvias, l. c. II, § 4, num. 1, 2, 9, 10; Gonzalez Tellez, lib. V. tit. 12. cap. 11 num. 1 ff.; Fagnanus zu cap. 12 X. h. t. n. 1, 19. Ferrari, prompta bibl. sub voce irregularitas, art. 1 n. 10 u. a. m. — Von der Weiterbildung zum dolus indirectus wird im nächsten Paragraphen zu sprechen sein.

14) Vgl. die Summen zu c. 7, 8, 9, 10, 12, 13, 19, X, h. t. V, 12.

15) Ich bemerke ausdrücklich, dafs ich nicht nachgeprüft habe, wie weit Covarruvias und van Espen sich an Vorgänger anlehnen.

oritur, id mirum est, *cum ea culpa nullo pacto ad homicidium pertineat.*

In anderer Wendung führt diesen Gedanken van Espen aus, der bereits ganz auf dem Boden der späteren Theorie des dolus indirectus steht. „Potest enim contingere, actionem aliquam esse de se illicitam adeoque *absolute* fuisse omittendam; sed tamen *non ideo omitti debuisse ne ex ea sequeretur homicidium;* ipsumque homicidium huic actioni adeo remote aut infrequenter esse connexum, ut nullatenus ob eius periculum omitti debuerit; homicidium ex ea sequutum *mere casuale* respectu ipsius agentis sit reputandum. (Jus eccl. II, sect. I. tit. 10. cap. 7. num. 15 ff.)

Ob durch solche und ähnliche Kritik die ältere Theorie als beseitigt zu erachten sei, ist eine Frage, die billig den Kanonisten zur Entscheidung zu überlassen ist.[16])

Dagegen müssen wir an dieser Stelle noch konstatieren, dafs diese alte Theorie *innerhalb des kanonischen Rechtes nur auf das homicidium als Irregularitätsgrund angewendet* wurde und gar nicht die Tendenz hat, den Rang einer *allgemeinen* Imputationsregel anzunehmen.[17])

---

## § 8.
## Das gemeine römisch-germanische Recht von der Glosse bis gegen Ende des 18. Jahrhunderts.

**Litteratur.**

Frank, Die Wolff'sche Strafrechtsphilosophie und ihr Verhältnis zur criminalpolitischen Aufklärung im XVIII. Jahrhundert. 1887. Güterbock, Die Entstehungsgeschichte der Carolina. 1876. Lobe, Die allgemeinen strafrechtlichen Begriffe nach Carpzov. Leipz. Diss. 1894. Löning, Richard, Über geschichtliche und ungeschichtliche Behandlung des Strafrechts. Zeitschr. f. d. ges. Strafr. III.

Albericus de Roxiate († 1354), Super statutis. Venet. 1497. (Auch im tractatus tractatuum, tom. II.) Angelus Aretinus († nach 1451), Tractatus de maleficiis (erschien 1437), Venetiis 1598; anhangsweise: Albertus Gandinus, tractatus de maleficiis und Bonifacius de Vitalinis, tractatus de maleficiis. (Ausgabe mit Noten.) Angelus Ubaldus (1328—1407), In codicem commentaria. Venet. 1579.

---

16) Vgl. Gonzalez Tellez, lib. V. tit. 12, cap. 11 num. 1 ff.; Fagnanus zu c. 12 X. h. t. num. 33; Phillips, I, 580 f., 587, 591 f.; Schulte, II, 118, Note 1; v. Boenninghausen, l. c. II, 52 f., 57, Hinschius I, 41 f.

17) Das wird auch schon von älteren Schriftstellern hervorgehoben. S. die Note des Thomas de Vio zu Thomas Aqu. l. c. (II, 2 qu. 64 art. 8); anschliefsend Covarruvias l. c. II, § 1 num. 1, § 4 num. 1. — Ebenso betonen auch Nichtkanonisten diesen Gegensatz, um, wie wir sehen werden vergeblich, die Übertragung auf das weltliche Strafrecht abzuweisen; so Raphael Cumanus, consil. 134, letzter Absatz; Caepolla, consil. 33, num. 15, consil. 78, num. 3, 7 ff.; Hippolytus de Marsiliis, cons. 7, num. 53.

Ayrer, Jacob (lebt um 1600), Tractatus methodica et accuratissima L. ut vim ff. de iust. et jur. etc. Francof. 1604 (erste Ausg. 1599). Baldus (1327—1400). Dessen Kommentare zum corpus juris nach verschiedenen Ausgaben. Banniza, Systema jurisprudentiae criminalis. Viennae 1763. Bargalius, Celsus (lebt um 1555), Tractatus de dolo. Hanoviae 1604. Barth (1650—1728), Hodogeta forensis. Lipsiae 1725. Bartolus (1314—1357). Dessen Kommentare zum corpus iuris nach verschiedenen Ausgaben. de Battandier, Claudius, Causarum criminalium praxis; abgedr. bei Franciscus Modius, rerum criminalium praxis et tractatus. Frankf. 1587. de Bello Visu, Jacobus (1270—1335), Practica criminalis. Coloniae 1580 (auch in der o. cit. Sammlung des Fr. Modius). Berger, Jo. Henr., Electa jurisprud. crim. ed. II, 1721. Beroius, Augustinus († 1554), Consilia. Augustae Vindelicorum 1601. Bertazzolius, Barthol (lebt um 1550), Decisivarum consultationum s. responsorum libri duo. Francof. 1602. Boehmer, Joh. Sam. Frid. (1704 bis 1772), Elementa jurisprud. crim. (1. Ausg. 1733) ed. V. Halae 1757. — Observationes selectae ad B. Carpzovii practicam. Francof. 1759. — Meditationes in Constit. Crim. Carolinam, Halae 1774. (1. Ausg. 1770). Boerius, Nicolaus (1470—1539), Decisiones Burdegalenses. Francof. 1574. Bonifacius de Vitalinis (schreibt nach Angelus Aretinus ? dag. Pertile, V, 43: † 1388) s. bei Angelus Aretinus. Bossius, Aegidius (1486—1546), Tractatus varii, Venet. 1562. Bratsch, Commentar zu Ferdinand III. peinl. Landgerichtsordnung in Oesterr. u. d. Enns. Wien 1751. Bruckner, Guil. Hier., Commentationes duae etc. Diss. 1755. Brunnemann, Joh., Comment. in Pandectas (1. Ausg. 1670). Francof. ad Viadrum 1674. — Comment. in Codicem Justin. (1. Ausg. 1663). Lipsiae 1672. Caepolla († 1474), Consilia Francof. (lib. II. 1599, lib. III. 1619). Carerius, Ludovicus (lebt um 1560), Practica causarum criminalium. Lugd. 1589. Carpzow, Bened. (1595—1666), Practica nova rerum criminalium imperialis Saxonica (1. Ausg. 1635). Lipsiae 1739. Castrensis, Paulus († 1441), In Digestum vetus. Lugd. 1585. Cephalus, Johannes Ferrariensis († 1576), Consiliorum s. responsorum libri V. Francof. 1624. Christiani, Die Chimäre eines Todtschlags aus indirectem Vorsaz. (Citiert nach dem Abdruck in Koppe's Niedersächsischem Archiv für Jurisprud. u. jurist. Litteratur. I. 1788, p. 3 ff.) Clarus, Julius (1525—1575), Opera omnia, cum notis etc. Genevae 1666. Clasenius, Daniel (1622—1678), Comm. in Const. Crim. Car. Helmst. 1684. Covarruvias, s. o. zu § 7. Cumanus (s. de Raymundis) Raphael († 1427), Consilia. Brixie 1490. Damhouder, Jodocus (1507—1581) Praxis rerum criminalium. Antverpiae 1616. Decianus, Tiberius (1508—1581), Tractatus criminalis. Francof. 1591. Decius, Philippus (1454 bis nach 1535), Consilia. Venetiis 1575. ab Eckart, Jo. Ludov., Pr. de dolo indirecto σιδηροξύλῳ. Jenae 1794. Engau, Elementa juris criminalis Germanici Carolini; 4. Aufl. Jena 1753. Engelhard, Versuch eines allgemeinen peinlichen Rechtes, Frankf. u. Leipz. 1756. Eschenbach, De dolo indirecto. (Citiert nach dem Abdruck bei Koppe, l. c. I, 65 ff.) Farinacius, Prosper (1554—1613), Praxis et theorica criminalis; citiert nach der Ausg. der opera omnia. Francof. 1597. Gaill, Andreas, Practicarum observatiorum lib. II. (1. Ausg. 1578.) Coloniae Agripp. 1586. Gandinus, Albertus († ca. 1300). s. o. bei Angelus Aretinus. Gomesius, Anton., Variarum resolutionum .... commentaria (1. Aug. 1552 ?); nach dessen opera omnia. Lugd. 1659. Bd. II. Gönner, Revision des Begriffs und der Eintheilungen des Dolus. Landshut 1810. Gozadinus, Ludov. (16. Jahrh.), Consilia. Venet. 1571. Grammaticus, Thomas, Decisiones Neapolitanae. Francof. 1573. — Consilia. Venetiis 1557. Grebel-Greif, Στρωμάτων juridicorum fasc. I. Wittemb. Diss. 1790. Harpprecht, Ferdinand Christoph (1650—1714), Responsa. Tubing. 1701 ff. — Consilia. Tub. 1695 ff. Harpprecht, Georg Fridr. (1676—1754), Decisiones et consultationes crim. Tub. 1746. Harpprecht, Joh., Tractatus criminalis. (1. Ausg. 1603.) Lausannae 1748.

Hippolytus de Marsiliis (1450—1529), Repetito rubricae C. de probationibus. Jenae 1586. — Practica criminalis s. Averolda. Colon. Agripp. 1581. — Consilia. Lugd. 1531. v. Hoff, August, Über Verbrechen aus indirecter Absicht. Ein Sendschreiben an H. Prof. Christiani zu Kiel. Berlin 1791. Kress, Commentatio in C. C. C. 4. Ausg. Hannoverae 1744. Lauterbach (1618—1678), Collegium Pandectarum ed. VI. Tubingae 1784. Leyser (1683—1752), Meditationes ad Pandectas. Lips. 1742. Lucas de Penna (lebt um 1350), In tres posteriores lib. Cod. Justin. Lugd. 1598. Mascardus, Josephus (1500—1588), De probationibus. Francof. 1585/8. Matthaeus, Antonius (1601—1654), De criminibus. Neapoli 1772. Menochius, Jacobus (1532 bis 1607), De adipiscenda, retinenda et recuperanda possessione. Genevae 1687. — De arbitrariis judicum quaestionibus et causis. Genevae 1690. — De praesumptionibus. Genevae 1724. Nettelbladt, Daniel (1719—91), Systema elementare universae jurisprudentiae naturalis. ed. V. Halae 1785. Nettelbladt-Glaentzer, Diss. juridic. de homicidio ex intentione indirecta commisso. Halae 1756. Persch, Jac. Guil., De distinctione inter animum occidendi directum et indirectum. Diss. Lips. 1793. Pez de Lichtenhof, G. G. G., De infanticidio doloso per indirectum probato. Leipz. Diss. Altorf 1782. Pistoris, Hartmann (1543—1601), Opera omnia. Lips. et Francof. 1679. Pistoris, Modestinus (1516—1565), Consilia. Lipsiae, I, 1596, II, 1599. a Plaça a Moraça, Petrus, Epitome delictorum, Lugd. 1560. (Vorwort datiert 1558). Püttmann-Baetke, Diss. inaug. de distinctione inter animum occidendi directum et indirectum e jurispr. crim. eliminanda. Lips. 1789. Citiert nach Püttmanns Miscellaneorum lib. sing. Cap. 33, Lips. 1793. v. Quistorp, Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. 5. Aufl. 1794. Robert, Carl Wilhelm, Beyträge zur natürlichen und positiven Rechtsgelahrtheit. Marburg 1789. Salycetus (Bartholomaeus a Salyceto, 1363—1412), In codicem commentaria. Venet. 1586. Schilter, Joh. (1632 bis 1705), Exercitationes ad 50 libros Pandectarum. Jen. 1675 ff. Stein-Balcke, Disp. jur. inaug. de dolo praesumpto in rebus per se licitis. Rostock 1712. Steinmetz, B. T., Diss. philosoph. exhibens de imputatione doli indirecti. Lips. 1789. Stephani, Math. (1570—1646), Caroli Quinti Constitutiones etc. Brunswigae 1678. Tartagnus, Alexander (1424—1477), Consilia. Lugd. 1517/8. Tiraquellus († 1558), De poenis temperandis et remittendis. — Elenchus quaestionum etc. (citiert: De revocatione donationis); beides nach oper. omn. Francof. 1574 ff. Thomas v. Aquino, s. o. zu § 7. Thoming, Jacob († 1576), Decisiones. Lipsiae 1596. Tractatus illustrium . . . jurisconsultorum (sog. *tractatus tractatuum*), herausg. v. Franciscus Ziletus, Venet. 1584. Wolf, Christian, Philosophia practica universalis, Halae 1744.

## I. Die italienische Schule.*)

Mit dem kanonischen Rechte haben wir die erste Hauptperiode der Rechtsbildung abgeschlossen und stehen nunmehr am Beginne der zweiten, die bis in die Gegenwart reicht. Was wir bisher kennen gelernt haben, war das Produkt einer *vorwiegend naiven Rechtsbildung;* auch das römische Recht macht davon keine Ausnahme, trotz dem bedeutenden Einflusse der griechischen Philosophie, trotz manchem Anlauf zu systematischer Begründung. Im grofsen und ganzen betrachtet sind die römischen Juristen weit mehr Rechtskünstler als Logiker. Feines Gefühl und

*) Der Einfachheit wegen behandle ich hier zugleich die älteren deutschen, französischen und spanischen Schriftsteller, die mit den Italienern ohnehin geistig verbunden sind.

richtiger Takt leiten sie bei ihren Entscheidungen. Ein ganz entgegengesetzter Geist beherrscht jene italienischen Juristen, die seit dem zwölften Jahrhundert das römische Recht zu neuen Ehren gebracht haben. Ihnen schlägt keine künstlerische Ader: sie *reflektieren.* Unendlicher Fleifs im Verein mit einer schwerfälligen logischen Methode sind das Rüstzeug dieser redlichen Handwerker, die wir als die Begründer unserer Doktrin anerkennen müssen.

Was uns an den alten Italienern am sympathischesten berührt, ist ihre aufserordentliche Verehrung für die römische Jurisprudenz, der sie so wenig kongenial waren, die sie aber mit aller Energie sich anzueignen und in die Praxis umzusetzen suchten. Beides konnte nicht vollständig gelingen, es fand inneren und äusseren Widerstand. Inneren soferne, als unsere Juristen, Kinder ihrer Zeit, eine Summe von volkstümlichen Vorstellungen in den Hörsaal mitbrachten, die der verständnisvollen Aufnahme römischer Ideen ein nicht immer überwindbares Hindernis bot; äufseren Widerstand an der Laienwelt, die das volkstümliche Recht in zähem Kampfe wider die Doktoren verteidigte. So kam es, dafs nicht selten Kompromisse geschlossen wurden, dafs wir in den Schriften der italienischen Romanisten deutlichen Spuren germanischer Rechtsanschauungen begegnen.

Bekanntlich fanden die italienischen Juristen eine immer steigende Anerkennung; schliefslich kam es dazu, dass die Doktoren das ganze Gebiet des Rechtes monopolisierten und zu ausschliefslichen Trägern der Entwicklung wurden. Dies gilt insbesondere auch für die Lehre von der strafrechtlichen Schuld. Während die Karolina (die allerdings in dieser Frage die letzte Entscheidung den Rechtsverständigen überläfst) auf die Theorie zunächst so gut wie keinen Einfluss ausübt, werden die Meinungen mittelmäfsiger Doktrinäre Jahrhunderte hindurch sorgfältig in Evidenz gehalten und als kostbares Vermächtnis der Nachwelt überliefert. Die Theorie bildet eine abgeschlossene Welt für sich, in die nicht leicht ein belebender Hauch von aufsen eindringen mag.

Die Beschäftigung mit den folgenden Epochen der Rechtsgeschichte entbehrt aller Reize, die den Historiker anziehen. Wir haben es nicht mit den kräftigen Emanationen nationalen Rechtsbewufstseins zu thun, sondern mit der mühseligen Arbeit einzelner höchst uninteressanter Persönlichkeiten, über deren dürftiges Mittelmafs sich nur sehr selten ein Julius Clarus erhebt. Das Material steckt in Bergen von Büchern, die eine verzweifelte Ahnlichkeit mit jenem Walle aus Hirsebrei haben, durch den man sich fressen mufs, um in das Schlaraffenland zu gelangen. Kein Wunder, dafs das entsagungsvolle Studium dieser Zeit nur wenig betrieben wird. Und doch ist es von der allerhöchsten, aktuellsten Bedeutung. Denn da erst beginnt die eigentliche Dogmengeschichte, die für unser Thema zum grofsen Teile eine Geschichte

grober Irrtümer und gedankenloser Mifsgriffe ist. Jetzt werden wir sehen, wie Fehler auf Fehler gemacht werden, zunächst von einzelnen Theoretikern, aber alsbald wiederholt von dem grofsen Chorus, der auf atemloser Hetzjagd nach citierbaren Auktoritäten keine Zeit zu kritischer Auslese hat. Und da jeder dieser Kompilatoren seinerseits wieder Auktorität wird und andere nach sich zieht, so erfahren gewisse Sätze eine Festigung, die ihrem innerlichen Verdienste nicht im geringsten entspricht. Der gröfste Teil unserer modernen Doluslehre beruht auf solcher „unvordenklichen Verjährung". Aber die Wissenschaft darf diesen Rechtstitel auf ihrem Gebiete nicht anerkennen; für sie gilt ganz besonders der Satz, dafs tausend Jahre Unrecht noch nicht ein Tag Recht sind. Wir müssen also von der gegenwärtig herrschenden Lehre eine ausreichendere Legitimation verlangen; wir müssen auf ihre Entstehungsgeschichte zurückgehen, und jeden einzelnen Besitztitel kritisch prüfen. Jene Kritik vom modernen Standpunkte aus, die etwa bei der Darstellung des altgermanischen Rechtes so schlecht angebracht wäre, ist hier durchaus am Platze. Sie ist möglich, da wir es mit den gedanklichen Leistungen Einzelner zu thun haben, die unserer heutigen Anschauungsweise nicht allzu ferne stehen; sie ist notwendig, da es Gedanken sind, die heute noch — offen oder unter Maske — Geltung beanspruchen.

Der ganzen gemeinrechtlichen Doktrin sind gewisse grofse Züge der strafrechtlichen Schuldlehre gemeinsam, die man um so sorgfältiger beachten mufs, als sie in den Schriften oft als selbstverständliche, stillschweigend übergangene Voraussetzungen erscheinen. Zunächst der felsenfeste Glaube daran, dafs die Einteilung der Schuldformen in dolus und culpa, wie die römischen Juristen sie vorgenommen, richtig und erschöpfend sei. Das stand überhaupt aufser Frage, jahrhundertelang wagte sich kein Zweifel hervor. Und doch zeigte sich sehr bald, dafs diese Einteilung unzulänglich war. Man wurde auf einzelne Fälle von *Wissentlichkeit* aufmerksam, die man mit den geringen Strafen der Fahrlässigkeit nicht entsprechend bewertet fand. Da man mit den zwei überlieferten Schuldformen auskommen mufste, so wurde das Gebiet des *Dolus* erweitert und seine Grenze mehr oder weniger weit in das Gebiet der Wissentlichkeit vorgeschoben; er soll auch Erfolge umfassen, die der Thäter nicht gewollt, aber doch mit mehr oder weniger *Wahrscheinlichkeit* als Folge seiner Handlung *vorausgesehen* hat.

Die Tendenz zur Erweiterung der Grenzen des Dolus wurde, wenn nicht hervorgerufen, so doch wesentlich unterstützt durch das dem römischen Rechte widersprechende volkstümliche Rechtsbewusstsein. Wir haben in früheren Abschnitten gesehen, wie weltliches und kirchliches Recht durch Ausdehnung der Haftung auf ganz leichte Fälle des Verschuldens zwischen Schuldprinzip und Erfolgprinzip zu vermitteln

suchen. Ganz ebenso sind wohl die gekennzeichneten Bestrebungen der italienischen Praktiker als ein innerliches Kompromifs zu betrachten.[1]) Gering genug war die Ermutigung, die sie aus den römischen Quellen schöpfen konnten; es mufste an denselben recht viel herumgedeutet werden, bis sie die gewünschte Erweiterung zu decken schienen. Erst im vorigen Jahrhundert gaben Leute von Geschmack es auf, ihre Theorien durch Zwangsinterpretationen einzelner Stellen des corpus iuris zu belegen, und leiteten sie nunmehr aus der „Natur der Sache", dem Naturrecht ab. Aber so wie das Naturrecht im allgemeinen sich dem Banne der römischen Tradition nicht entziehen konnte, so lastete auch auf seiner Schuldlehre der Druck der Vergangenheit, insbesondere die grofse Suggestion von der Zweizahl der Schuldformen.

---

Die italienischen Juristen schliessen sich in der Hauptsache naturgemäfs an das römische Recht an. Zu einem Verbrechen ist der dolus erforderlich; die Fahrlässigkeit ist ihm nicht gleichzustellen, auch nicht die culpa lata. Auf Grund von Aussprüchen des Bartolus wurde es zur herrschenden Lehre, dafs die ordentliche peinliche Strafe eines Deliktes nur bei doloser Begehung verhängt werden dürfe. Schwerere Fälle der culpa — die verschiedenen Abgrenzungsversuche haben für uns kein Interesse mehr — wurden im Wege der poena extraordinaria mit einer geminderten Strafe belegt. Diese Grundzüge kehren in der ganzen gemeinrechtlichen Doktrin wieder.[2])

Die erste Erweiterung der römischen Schuldformen wurde vorgenommen, indem man *aus der kanonischen Doktrin*[3]) den Satz herübernahm, dafs *dem in re illicita Versierenden alle Folgen seiner Handlungsweise zugerechnet werden*; alle Folgen, also auch die *zufälligen*.

---

1) Vgl. Glaser, kleine Schriften, I, 80f.; Hälschner, Preufs. Strafr. II, 47.

2) Vgl. o. S. 80, Anm. 69; Hälschner, Preufs. Strafr. II, 156, III, 47f.; Brunnenmeister, Quellen der Bamb., 247f. — Albertus Gandinus, rubr. de poenis reor. cap. 6; rubr. de homicidariis et eor. poen. cap. 19; Bartolus zu l. 1 D. de leg. 1, 3; l. 32 D. depos. 16, 3; l. 1 D. si quis testam. 47, 4, num. 2; l. 7 D. ad l. Corn. de sic. 48, 8; Castrensis, zu l. 1 D. de leg. 1, 3; Angelus Aretinus, rubr. scienter dolose num. 1; vgl. dazu die Anm. des Augustinus de Ariminio; Caepolla, cons. 33, n. 5; Decius, cons. 9, n. 1; Beroius, cons. 183, n. 11, cons. 187, n. 3; Clarus, lib. V, § fin. qu. 84, n. 1, 2; Carerius, § homicidii autem species n. 4; Farinacius, qu. 87, n. 18; Carpzov, I, 1, n. 16; Quistorp, Grunds. § 36.

3) Darauf weist deutlich der Umstand, dafs die meisten Schriftsteller den Satz in erster Linie durch die Canones belegen; der älteste mir bekannte weltliche Autor, der die Lehre vorträgt, Albertus Gandinus (rubr. de homicid. et eor. poen. num. 21), wirkt etwa ein Jahrhundert nach Bernardus Papiensis (s. o. S. 139f.).

Sollen die zufälligen Folgen der unerlaubten Handlung zu dolus oder zur culpa zugerechnet werden? Die kanonischen Quellen geben darauf keine Antwort, da die Frage gelegentlich der Irregularität keine Bedeutung hat: auch der fahrlässige Totschläger wird irregulär. In der älteren italienischen Litteratur finden wir beide Möglichkeiten vertreten.[4])

Die einen rechneten den kasuellen Erfolg der unerlaubten Handlung als *culpa* zu.[5]) Diese hatten in den römischen Quellen manchen Anhaltspunkt; nicht in den strafrechtlichen Bestimmungen, denn das römische Strafrecht hatte ja das fahrlässige Delikt erst sehr spät und sehr mangelhaft berücksichtigt: wohl aber in Sätzen des Privatrechts, die in Ermangelung anderer Quellen ohne weiteres auf das Strafrecht übertragen wurden; es ist ja bekannt, dafs die Kasuistik für die Lehre von der strafrechtlichen Fahrlässigkeit von den Italienern vorwiegend dem Pandektentitel zur lex Aquilia entnommen wurde. Die hier in Betracht kommenden Stellen nun sind:

1. die wohl von den Kanonisten als Citat übernommene[6]) l. 36. D. R. J. 50, 17: Culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti. Sie gibt in ihrer verwaschenen Allgemeinheit nicht viel Sinn.

2. Die Fälle des sog. „casus mixtus“, auf die sich allerdings meines Wissens nur Jacobus de Bellovisu a. a. O. beruft. Das Wesen desselben besteht bekanntlich darin, dafs in gewissen Fällen vertragswidrigen Verhaltens für den Schaden gehaftet wird, auch wenn dieser specielle Schaden nicht gerade auf ein Verschulden zurückgeführt werden kann.[7]) Hier liegt die Analogie sehr nahe.

---

4) Vgl. Hälschner, Preufs. Strafr. II, 48.

5) Nicht alle erklären sich über diesen Punkt deutlich; ich zähle hierher: Albertus Gandinus l. c.; Jacobus de Bellovisu, lib. III, cap. 26 num. 7, (?); Albericus de Roxiate, super statutis, III, 62, num. 15; Claudius de Battandier, praxis, regula 113, num. 1. (Letzterer besonders klar: Dans operam rei illicitae de homicidio, vel fortuito et casuali, *saltem culpa tenus* obnoxius creditur.)

6) S. o. § 7 Anm. 12.

7) Vgl. l. 1 § 4 D. de oblig. et action. 44, 7; l. 18 pr. D. commod. 13, 6, benützt in § 2 Inst. quib. mod. re contrah. obl. 3, 14; l. 13 § 3 D. locati 19, 2; l. 11 § 1 D. eod.; weitergehend l. 1 § 25. D. depos. 16, 3 (wo nicht einmal Kausalzusammenhang zwischen der Vertragswidrigkeit und dem Schaden vorausgesetzt wird; s. dazu Ihering, Schuldmoment, 31). — Windscheid, Pand. II, § 375, Note 10, 10a; § 378, Note 8a; § 400, N. 20; Dernburg, Pand. II. § 90, p. 243; § 92, p. 248; Windscheid sieht in dem „casus mixtus“ keine Ausnahme von dem Prinzip der Schuldhaftung. „Es ist in der That seine Schuld, aus welcher er hier in Anspruch genommen wird, nämlich der wissentlich unrechtmäfsige Gebrauch der Sache; nur wird nicht eine direkte, sondern eine indirekte Folge (?) dieser Verschuldung gegen ihn geltend gemacht; die Sache würde ohne den unrechtmäfsigen Gebrauch von dem Zufall nicht betroffen worden sein.“ Das ist nicht richtig. Jene Folgen meiner Handlung, die ich *nicht voraussehen konnte*, kann man in keinem Falle als *fahrlässig* ver-

Weiter geht eine zahlreichere Gruppe von Juristen, deren Ansicht sich folgendermafsen formulieren läfst: Wer ein Delikt begeht, haftet voll für jeden aus seiner Handlung entstehenden, seine Absicht überschreitenden Erfolg, wenn die geplante Handlung die Tendenz hat, sich mit einer gewissen *Wahrscheinlichkeit* auf diesen Erfolg auszudehnen. Dafs der Thäter diese Eigenschaft der Handlung gekannt haben müsse, wird nicht ausdrücklich gesagt, aber zweifellos stillschweigend vorausgesetzt. Der Erfolg wird wie ein dolos herbeigeführter behandelt.[8])

Aus Angelus de Ubaldis läfst sich die später gangbar gewordene Formel etwa folgendermafsen wiedergeben:

Quaeritur an delinquens ultra, praeter vel extra cogitatum puniatur, et qualiter. Aut *dabatur opera rei licitae*, et tunc delinquendo praeter cogitatum et culpam non teneatur .... Aut *dabat operam rei illicitae*, et tunc *aut cogitatum tendit verisimiliter ad finem secutum et tunc punitur secundum finem* .... aut cogitatum non tendit verisimiliter ad finem secutum, et tunc non punitur quis ultra cogitatum.

---

ursachte bezeichnen — von Dolus ist natürlich gar nicht die Rede; ob diese Handlung für sich allein betrachtet erlaubt war oder nicht, kann doch daran nichts ändern (vgl. o. § 7 a. E.). Wäre Windscheid von der Richtigkeit seiner Auslegung wirklich überzeugt gewesen, dann hätte er sie im *allgemeinen* Teile bei der Entwicklung des Schuldbegriffes lehren müssen, nicht aber in einer Note gelegentlich eines besonderen Rechtsgeschäftes.

8) Den späteren Italienern gilt Bartolus als der Auktor dieser Lehren; doch hat auch er wohl manches von seinen Vorgängern übernommen, die nach seinem Zeugnisse diese Frage gelegentlich der Interpretation von l. 6 Cod. 9, 12 zu berühren pflegten. Bartolus selbst macht noch eine weitere Unterscheidung: wenn das gewollte Delikt auch *nicht* die Tendenz zu diesem Erfolge hat, der Thäter aber nur delinquit in plus *circa eandem rem*, so kommt es nur auf den Erfolg an; anders wenn er delinquit in plus *circa diversas res*; Beleg: l. 21 D. de furt. 47, 2. Diese Subtilität wird von den Späteren fallen gelassen. (Bartolus zu l. 14 D. ad l. Corn. de sic. 48, 8, num. 1, 2, 7; zu l. 11, § 2 D. de poen. 48, 19). Baldus zu l. 20 Cod. de furt. 6, 2 (Ende der ersten Spalte); Angelus de Ubaldis zu l. 6 Cod. ad l. Jul. de vi 9, 12, num. 7. Dieser hat (aus den Ausführungen des Bartolus?) die später allgemein angenommene Formel gebildet, die oben mit Auslassung einer unwesentlichen Nebenfrage (betr. den Irrtum) wiedergegeben ist. Anschliefsend Salycetus zur gleichen Stelle, num. 7; Raphael Cumanus, cons. 134, letzter Absatz (soferne daselbst der Satz vom operam dare rei illicitae ebenfalls eine Einschränkung erfährt, allerdings mit abweichender Begründung); Angelus Aretinus, rubr. et appensate num. 3; Caepolla, cons. 33 num. 2, 3; cons. 34 num. 63, 64; cons. 35 num. 3; cons. 36 num. 1 (betont ähnlich wie Cumanus bereits stark das *Beweismoment*; darüber s. u.); Decius, cons. 482 num. 3; Bossius, tit. de homicid. num. 74, 75, 92; Jacob Thoming, qu. 38 num. 25; Modestinus Pistoris, lib. II, cons. 30 num. 47; Farinacius, qu. 126, num. 61, 77, 78, 90; bei diesem tritt die subjektive Seite besonders klar hervor: ita quod *delicti auctor* verisimiliter aut cogitare potuit, aut saltem cogitare debebat de eo, quod inde facile successurum erat.

Das ist also eine schwerere Form *fahrlässiger* oder *wissentlicher* Verletzung (der Erfolg mufs als ein *wahrscheinlicher* voraussehbar gewesen sein), ganz unnötiger Weise kompliciert durch das hinzukommende Begriffsmerkmal, dafs die gewollte Handlung an sich schon deliktisch sein müsse. Diese Komplikation erklärt sich nur dadurch, dafs wir es mit einer Ausgestaltung des Satzes vom versari in re illicita zu thun haben. Der neue und richtige Gedanke wurde gleichsam auf den falschen alten gepfropft. Das Resultat ist sehr unverständig. Wenn die Beziehung des Thäters zu dem Erfolge B geprüft werden soll, so kann es doch dafür nicht von Bedeutung sein, ob der Erfolg A, zu dem er gleichzeitig in Beziehung trat, deliktisch ist oder nicht. Konkret gesprochen: Wenn ich in einer belebten Gasse nach einem Huhn schiefse, obwohl ich mir der Wahrscheinlichkeit bewufst bin, einen Menschen zu verletzen, so kann es für meine Beziehung zu dieser Verletzung nicht erheblich sein, ob das Huhn mein Eigentum ist oder ob ich durch die Tötung desselben das Delikt der Sachbeschädigung begehe.

Darüber sind sich die Italiener nicht klar geworden; und die spätere Zeit hat den Irrtum pietätvoll bewahrt und sorgfältig ausgearbeitet: *in der eben dargestellten Lehre ist der Grundstock des späteren dolus indirectus gegeben.*[9])

Zur Begründung dieser neuen Lehre ziehen die Italiener zunächst die uns bekannten kanonischen Quellen heran, zu welchen an dieser Stelle noch insbesondere zu erwähnen ist:

c. 3 in VI° de homic. 5, 4: Is, qui mandat aliquem verberari, licet expresse inhibeat, ne occidatur ullatenus vel membro aliquo mutiletur, *irregularis* efficitur, si mandatarius fines mandati excedens mutilet vel occidat: *cum mandando in culpa fuerit, et hoc evenire posse debuerit cogitare.*

Diese Stelle hat vielleicht sogar den unmittelbaren Anlafs zur Bildung unserer Theorie geboten.

Es ist ganz selbstverständlich, dafs die Heranziehung des kanonischen Rechtes in diesem Punkte auf grundloser Willkür beruhte. Alle angeführten Sätze desselben beschränken sich darauf, jenen Grad des Verschuldens festzustellen, der die *Irregularität* nach sich zieht. Nun kann man vielleicht darüber verschieden urteilen, ob die besonderen Umstände, die gerade bei der Irregularität im Spiele sind, den Satz vom versari in re illicita rechtfertigen oder nicht. Ich meinesteils

---

9) Es mag erwähnt werden, dafs sich Varianten des dolus indirectus finden im altjüdischen Recht (s. o.) und bei den Mohammedanern; vgl. van den Berg, in „Strafgesetzgebung der Gegenwart", I, 715; du Boys, peuples modernes I, 265 f.; Hanoteau et Letourneux, Kabylie, III, 174; Kohler, Blutrache, 15. — Ein kurioses Gegenstück zu dem Gedanken vom versari in re illicita s. bei Wilken, Maleische ras, 103.

glaube, dafs er im zwölften Jahrhundert eine nicht ungeschickte Vermittlung zweier grundverschiedener Anschauungskreise war, während er heute auch für das enge ursprüngliche Geltungsgebiet sich überlebt hat; was ja auch die energische Kritik der modernen Kanonisten bestätigt. Aber eines steht ganz aufser Zweifel und mufs sich jedem Kenner des kanonischen Rechtes sofort aufdrängen: dafs nämlich der Irregularitätsgrund des homicidium durchaus nicht eine dolose Tötung voraussetzt, und dafs daher die kritiklose Uebertragung seiner Prinzipien auf das weltliche homicidium dolosum einer der gröbsten und gedankenlosesten Mifsgriffe ist, die jemals von Juristen begangen wurden.[10])

Unter den Belegstellen aus dem römischen Rechte spielt die Hauptrolle die bereits oben S. 88 f. ausführlich gewürdigte l. 6 („quoniam multa") Cod. ad l. Jul. de vi, 9, 12. Noch die *Glosse* ist von dem richtigen Gefühle beherrscht, dafs dieses ex irato gegebene Gesetz *singuläres Recht* biete: Item nota hic puniri affectum[11]) ultra quam se extendat: quia hic violenter solam possessionem habere affectavit, non occidere: *unde voluntas et propositum non distinguunt hic maleficium, quod est alibi.* Anders, und sicherlich falsch, die Postglossatoren, die den auf einen speciellen Fall begrenzten Satz als Beleg für ein angebliches allgemeines Prinzip des römischen Strafrechtes betrachten.

Während diese Hauptstelle ständig wiederkehrt, variieren die anderen „Belege"; doch sind sie meist bei den Haaren herbeigeschleppt und geben nicht den geringsten Sinn.[12])

10) Das wurde auch von älteren Juristen hervorgehoben, aber ohne Beachtung zu finden, s. v. § 7, Anm. 17.

11) Affectus bedeutet nicht mehr als dolus; man wählte das Wort, weil es, dem effectus gegenübergestellt, allerlei Wortspiele gestattet.

12) Ganz sinnlos z. B. ist das Citat von l. 1 § 2 D. de incend. 47, 9, bei Bartolus, Angelus de Ubaldis u. a.; oder das der l. 11 pr. D. ad l. Aquil. 9, 2 (die bekannte Stelle vom tonsor) bei dem letzteren. — Die späteren fanden doch noch eine oder die andere Stelle, die nicht gar so unpassend war. Besonders oft citiert wird die ebenfalls bereits gewürdigte l. 38 § 5 D. de poen. 48, 19. (Qui abortionis aut amatorium poculum dant; vgl. o. S. 87 f.) Damhouder sagt von ihr ganz richtig, sie sei ein casus admodum *singularis*, in quo quis punitur poena ultimi supplicii pro homicidio commisso sine dolo et intentione aliqua occidendi, *contra dispositionem iuris communis* (cap. 61, num. 87 ff.). Indes nahmen die anderen, ganz wie bei der lex „quoniam multa" keinen Anstand, auch dieses jus singulare *ad consequentias* zu producieren. — Theoretisch korrekter als die anderen findet sich Antonius Matthaeus mit unserer Frage ab. Er behandelt (ad lib. 48 tit. 5 cap. 3 num 16) den berühmten Fall des c. 3 in VI° de homic. 5, 4 (Is qui mandat aliquem verberari etc. s. o. S. 150), den er mit den römischen Stellen über Abortiv- und Liebestränke in Parallelele bringt: Verum enim vero, quoniam res est perniciosi exempli, mandare ut aliquis vulneretur, nec ictum moderari suo arbitrio mandatarius potest, idcirco existumaverim rectius hoc casu utrumque, tam mandantem quam mandatarium gladio feriri. *Scivit enim aut scire debuit* mandans, quam sit periculosum gladium stringere! quum non sit in potestate nostra, certo loco, certae et definitae magnitu-

Ich glaube die Interpretationskunst der Italiener nicht zu überschätzen, wenn ich die Vermutung ausspreche, dafs sie selbst der Haltlosigkeit dieser Argumente sich bewufst waren;[13]) sie haben aber darüber hinweggesehen, weil es sich ihnen als Praktikern diesmal wie so oft nicht darum handelte, das reine römische Recht wissenschaftlich festzustellen, sondern vielmehr ein den Bedürfnissen ihrer Zeit angepafstes Recht aus den römisch-kanonischen Quellen zu belegen. In solchen Fällen gestatteten sie sich oft sehr grofse Freiheit, ja manchen unter ihnen scheint ein gewisser dolus bonus nicht ferne gelegen zu sein.

Von den treibenden Kräften haben wir eine bereits kennen gelernt. Wir haben gesehen, wie das römische Recht in einseitiger Betonung des Willensmomentes der strafrechtlichen Schuld allzu enge Grenzen steckt, und wie die Enge dieser Begrenzung gerade für das germanische Rechtsgefühl etwas ganz Unerträgliches sein mufste. Dazu kommt nun weiter ein unabweisliches praktisches Bedürfnis, das sich der Verwendung des reinen römischen Dolusbegriffes hemmend entgegenstellt; dieses Bedürfnis entspringt aus dem Prozefsrechte: *wie soll der römische Dolus mit den Mitteln des römisch-kanonischen Prozesses bewiesen werden?*

Um die tiefeingreifende Bedeutung dieser Frage würdigen zu können, müssen wir uns den Zustand des Beweisrechtes der alten Doktrin vergegenwärtigen.[14])

Wenn wir bedenken, welch fürchterliches medium eruendae veritatis dem Richter bis ins 18. Jahrhundert hinein in der Tortur gegeben war, so wären wir geneigt zu glauben, dafs es ihm im Durchschnitte viel leichter als dem modernen Richter möglich gewesen sein müsse, den Beweis gegen den leugnenden Angeklagten herzustellen. Das gerade Gegenteil scheint der Fall gewesen zu sein; wenigstens soweit es sich um routinierte Verbrecher handelte, während der Unerfahrene

---

dinis vulnus infligere. (Vgl. das oft citierte: vulnera non dantur ad mensuram.) Matthäus schält also den Kern der Frage ziemlich richtig heraus; und er motiviert seine Entscheidung nicht durch Verdrehung des animus occidendi, sondern durch die Analogie mit den singulären Fällen des römischen Rechtes: Neque obstat fundamentum superius jactum (d. i. das Erfordernis des animus); *nam a regula iuris recedimus interdum propter utilitatem et exemplum.*

13) Nicht alle haben sich dieser Lehre angeschlossen. So z. B. trägt Julius Clarus, lib. V § homicidium, bes. num. 1—4, 6, unverfälschtes römisches Recht vor (bedenklich allerdings eod. § fin. qu. 89 num. 5). Das gleiche gilt von seinem Zeitgenossen Damhouder, cap. 87, insbes. num. 10. Über Matthäus s. die vorige Anm.

14) Die Lehre der Italiener bis zum Ende des 15. Jahrh. ist bearbeitet von Brunnenmeister, Quellen der Bamb. 105 ff.; die spätere Zeit von Glaser, Beitr. z. Lehre vom Beweis; auf diese beiden Darstellungen ist hiermit für das folgende besonders verwiesen. Über das Verhältnis der Doktrin zu den römischen Quellen s. Glaser, l. c. 6, Anm. 5, 104 ff.

allerdings Ursache hatte, sich zu ängstigen, war er nun schuldig oder nicht.

Charakteristisch für das Beweisrecht dieser Zeit ist neben der geringen Freiheit des Richters eine höchst übertriebene Gewissenhaftigkeit, eine Sucht, den prozessualen Beweis über jeden Zweifel zu stellen. Treffend sagt darüber Böhmer (obs. ad Carpzov. praef. p. VIII f.): „Dum enim de probationibus luce meridiana clarioribus [15]) solliciti sunt, in applicatione ingentes scrupulos movent, et tandem eo perveniunt, ut veritatem quam *moralem* esse oportebat, in *mathematicam* convertant, nihil omnino probantes, nisi quod omnis contradictionis expers est. Quanta depravatio judiciorum criminalium exinde nata, et hodiernum nascatur, praxis quotidiana docet etc.“

Als voller Beweis galt die confessio des Angeklagten, die regina probationum.[16]) Ferner die Aussage von zwei völlig zuverlässigen Zeugen;[17]) daneben praktisch nicht sehr bedeutend etwa Notorietät und richterlicher Augenschein; alles andere galt nicht als plena probatio, sondern blofs als indicium (praesumptio); dahin gehört also nicht blofs das, was wir heute unter Indicienbeweis verstehen, sondern z. B. auch die Aussage *eines* unverdächtigen Zeugen, das aufsergerichtliche Geständnis, ja sogar das Geständnis vor dem inkompetenten Richter![18])

Die Indicien wurden nach ihrer Stärke den verschiedensten Einteilungen unterzogen; über die Bedeutung und den Wert des Indicienbeweises entstand ein heftiger Streit, der zu einer solchen Unsicherheit führte, dafs die Richter schliefslich der völlig richtungslosen Doktrin gegenüber vielfach freie Hand erhielten.[19])

Immerhin kann man als die Grundzüge der Theorie folgende Sätze bezeichnen: Soweit überhaupt eine Verurteilung auf Grund eines Indicienbeweises zugelassen wurde, verlangte man ein ganz besonders stringentes Zusammentreffen von Umständen; und selbst dann scheute man davor zurück, die ordentliche Strafe zu verhängen: dem Richter wurden in dieser Hinsicht verschiedenartige Beschränkungen auferlegt,

---

15) Anspielung auf die oft citierte l. 25 Cod. de probat. 4, 19.

16) Ganz verständig machte man den Zusatz, dafs eine Selbstanschuldigung ins Blaue hinein, also ohne Unterstützung durch Indicien u. dgl., nicht unbedingt ausreiche. — Das freie Geständnis war damals sicherlich weit seltener als heute, weil das Leugnen mehr Aussicht bot.

17) Vgl. über den „Klagspiegel“ Brunnenmeister, l. c. 152 f. Das Recht der CCC schlofs sich im allgemeinen an die Doktrin der Italiener an; s. bes. art. 22; dazu Glaser, Beweis, 8; 109 ff.

18) Vgl. Clarus, lib. V, § fin. qu. 21 num. 31 f., eod. qu. 55 num. 1 f.

19) Das ganze Elend des Beweisrechtes tritt uns plastisch entgegen aus den ebenso citatenreichen als unsicheren Ausführungen des Farinacius, qu. 86. — Ein energischer Vorkämpfer des Indicienbeweises ist Matthaeus ad lib. 48 tit. 15 cap. 6. pr.

es ist dies der erste Ansatz zu der später ausgebildeten *Verdachtstrafe.*[20]) Die grofse Masse der Indicien hatte aber nur eine Wirkung: sie waren die rechtliche Basis der Tortur, indicia ad torquendum.

Wenn nun auf Grund der Indicien zur Tortur geschritten wurde, so hing es natürlich zum grofsen Teile von der Widerstandskraft des Inquisiten ab, ob er zu einem Geständnis schritt oder nicht.[21]) Beharrte er auf seinem Leugnen, so hatte er sich damit von dem Verdachte gereinigt; nach anderen jedoch war in diesem Falle bei besonders gewichtigen Indicien wieder eine poena extraordinaria anzuwenden, oder aber die Tortur zu wiederholen.[22])

In grenzenlose Verlegenheit jedoch kamen die Gerichte, wenn der Inquisit auf der Folter alsbald gestand, hinterher aber die rechtlich notwendige Bestätigung seines Geständnisses verweigerte, dasselbe vielmehr ausdrücklich widerrief. Das scheint ein sehr beliebter Kniff gewesen zu sein, auf den die Advokaten ihre Klientel aufmerksam zu machen nicht unterliefsen; und die Carolina (Art. 31, § 5, Art. 103) eifert gegen die Beichtväter der Übelthäter, welche ebenfalls „wider gemeynen nutz“ ihren Schützlingen derlei Rechtsbelehrung zu teil werden liefsen. Bei den älteren Italienern gilt auch im Falle des nachträglichen Widerrufes das Indicium für purgiert. Da das aber doch zu handgreiflichen Übelständen führen mufste, so erklären spätere Juristen, dafs das Geständnis auf der Folter ein neues Indicium sei und eine Wiederholung der Tortur ermögliche; einige gestatten in besonders schweren Fällen eine zweite Wiederholung. Wenn nun der Inquisit nach der ersten bezw. zweiten Wiederholung der Folter abermals widerrief, so blieb schliefslich wieder nur das Auskunftsmittel der poena extraordinaria.[23])

---

20) Vgl. Brunnenmeister l. c. 107, 108. — „Poena est temperanda, nec vera poena delicti imponenda est, sed mitior et pecuniaria“. Carerius, tract. de homic. § homicidii autem species num. 89. Anders die Praxis zur Zeit des Clarus (s. lib. V § fin. qu. 20 num. 6, qu. 21 num. 40); sie erkannte non quidem in poenam mortis, neque poenam ordinariam, sed in poenas etiam corporales. Anschliefsend Farinacius, qu. 86 num. 34, 90. — Auch der art. 22 der CCC wird meist in diesem Sinne ausgelegt; s. Böhmer, obs. ad Carpzov. qu. 114 n. 7; med. in art. c. § 3 ff.

21) Über die Mittel, welche Berufsverbrecher anwendeten, um sich gegen die Folter zu schützen, s. Loiseleur, p. 219 f.

22) Vgl. Clarus, § fin. qu. 64 num. 38; Damhouder, cap. 38 num. 1 ff.; Menochius, de arbitrar. judic. quaestion. cas. 273, num. 1 ff.

23) Vgl. Brunnenmeister, l. c. 166 ff. — Salycetus, in l. 2 C. de custod. reor. 9, 4; Angelus Aretinus, rubr. comparuerunt dicti inquisiti et totum negaverunt num. 2, 3; Hippolytus de Marsiliis, practica, § quoniam num. 2 (vertritt noch die Ansicht, dafs die Indicien durch die Tortur — sofern diese nur gehörig durchgeführt worden — purgiert seien); Clarus V, § fin. qu. 21 num. 36. Die CCC, art. 57, huldigt der strengeren Ansicht. — Für die gemeinrechtliche Praxis sehr lehrreich Berger, electa, p. 224—247. Daselbst, p. 234 ff., die Bedenken der

Wir sehen also, dafs die Überführung eines leugnenden Angeklagten unter Umständen ein schweres Stück Arbeit war; alle diese Schwierigkeiten treten in aufserordentlich erhöhtem Mafse auf, wo es sich um den Beweis des Dolus handelt!

Die Absicht ist ein factum internum, das sich weder durch gerichtlichen Augenschein, noch durch Zeugen feststellen läfst. Das Geständnis des Inquisiten wird gerade hier, wo die anderen Beweise mangeln, noch weniger als sonst zu erreichen sein. Noch heute können wir jeden Tag beobachten, dafs Raubmörder, Totschläger aus Rache, Eifersucht u. dgl. hinterher gleich mit der Ausrede bei der Hand sind, sie hätten ihre Opfer nur betäuben, verletzen, verunstalten wollen, der Tod sei ohne ihren Willen eingetreten. Der öffentliche Ankläger hat demgegenüber nur die Waffe des Indicienbeweises; aber um wie vieles leichter handhabt sich heute dieses Instrument, als etwa zur Zeit des Clarus, wo nur ganz ungewöhnlich zwingende Indicien, und auch diese nicht ohne fortwährende Zweifel berücksichtigt wurden. Darum mufste für den Beweis des dolus besondere Vorsorge getroffen werden, sollte nicht die ganze Strafrechtspflege dem Belieben der Verbrecher anheimgestellt sein.

Auch in dieser Beziehung finden wir die gröfsten Gegensätze. Die einen wollten eine allerdings sehr radikale Abhilfe schaffen durch eine allgemeine Präsumtion des Dolus. „Ex quo constat aliquem alium vulnerasse vel occidisse, vel alias homicidium commisisse, semper contra eum praesumitur, quod dolo et malo animo hoc commiserit .... unde ei incumbit onus probandi, quod non dolo hoc fecerit.“[24]) Diese Präsumtion ergebe sich ex ipso facto et rei evidentia.[25])

---

Wittenberger Schöffen (v. J. 1689): „.... dafs bei heute zu Tage je mehr und mehr einreifsender Malitz, und da die Delinquenten merken, auch vermuthlich von bösen Advokaten dessen berichtet werden, ob gehe in dergleichen Fällen die poena delicti ordinaria hinweg, es dahin gedeyen dürffte, dafs alle Capital-Delicta, in welchen es bei der Inquisition zur Tortur kömmet, extra ordinem zu bestraffen, auch bei solcher Bewandnifs die in Göttlichen Rechten so ernst und bedrohentlich gesetzte Todesstraffe ebenmäfsig in den wenigsten Fällen werde erkant und vollstrecket werden können.“ Die Schöffen schlagen vor, als poena extraordinaria für die Revokanten an Stelle der ganz unwirksamen Landesverweisung „die Condemnation auf's Zuchthaufs oder den Bau, oder ad carceres perpetuos“ zu setzen. Vgl. Böhmer, medit. ad CCC art. 22 § 6.

24) Albertus Gandinus, rubr. de homicidariis et eor. poen. num. 28; anschliefsend Bonifacius de Vitalinis, rubr. de homicidio et qui dicantur homicidae n. 7, rubr. quid sit accusatio n. 40; Caepolla, cons. 29 num. 4, cons. 31 n. 2; Thomas Grammaticus, cons. 13 n. 2. Antonius Matthaeus, ad lib. 48 tit. 5 cap. 3 num. 14; vgl. Carpzov, qu. I num. 25.

25) So Antonius Gomesius, III, cap. 3 de homic. num. 17. Eben dieser ist im übrigen so strenge in bezug auf die Anforderungen an den Beweis, dafs ihm zwei

Andere waren vorsichtiger; der Dolus sollte zwar nicht ohne weiteres vermutet, wohl aber auf dem Wege des Indicienbeweises, ex coniecturis, erweislich sein; z. B. aus der Beschaffenheit und Gebrauchsweise der Waffe. Wer mit der Schneide des Schwertes zuschlägt, gegen den wird animus occidendi vermutet, nicht gegen jenen, der den Knauf benützt.[26]) Man unterschied einen *dolus verus* oder *manifestus* einerseits, *dolus praesumptus* anderseits; und zwar, da der Beweis des Dolus fast immer durch Indicien erfolgte, verstand man unter ersterem einen durch *indicia manifesta* erwiesenen im Gegensatze zu dem durch schwächere Anzeigen gegebenen Dolus.[27]) Die Bewertung des Indicienbeweises war natürlich auch hier eine äufserst verschiedene: aufserordentliche Strafen,[28]) Tortur zur Erpressung des Geständnisses, oder in leichteren Fällen juramentum purgatorium waren die Folge.[29])

Bei alledem mufste der Beweis des römisch-rechtlichen Dolus noch immer sehr schwer sein, und er gehört auch heute noch unter Umständen zu den schwierigsten Aufgaben, die wir uns stellen können; „cum soli Deo optimo cognitum sit cor hominis", wie die alten Juristen klagen. Der Wille ist etwas so Willkürliches, dafs sich allgemeine Regeln, aus denen man dann auf den Einzelfall schliefsen könnte, nur schwer aufstellen lassen. Viel leichter ist schon der Nachweis der Wissentlichkeit. Man kann mir eher sagen: „ich glaube dir nicht, dafs du das nicht als wahrscheinliche Folge deiner Handlung vorausgesehen hast" als man sagen kann: „ich glaube dir nicht, dafs du das nicht gewollt hast." Denn über das, was ein normaler Mensch weifs, können wir viel bestimmtere Aussagen machen, als über das, was ein normaler Mensch will.

Wir sehen also, dafs jene neue Schuldform, die als Annex dem römischen Dolus angegliedert wurde, eine ganz aufserordentliche Bedeutung dadurch erlangte, dafs sie dem Richter ein viel leichter zu

---

halbe Proben nicht für eine ganze gelten; eod. n. 25. Über diese letztere Frage vgl. Clarus, V, § fin. qu. 63 n. 9.

26) Vgl. Albertus Gandinus, rubr. de homicidar. et eor. poen. num. 20; Jacobus de Bellovisu, practica, lib. I, cap. 13 („et ipsum interfecisset") num. 4 ff. Baldus, in l. un. C. de emend. serv. 9, 14; Carerius, tract. de homic. § homicidii autem species, n. 58; Bossius, tit. de homicidio n. 37 ff., 55, 71; Bertazzolius, cons. 85 n. 5; Menochius, de praesumt. V, 3, num. 14, 42; 40, num. 1 f.; Farinacius, qu. 89; qu. 37 num. 133.

27) S. Bartolus, in l. 32 D. depos. 16, 3, num. 13 ff.; Alexander Tartagnus, I, cons. 103 num. 20; Decianus, I, cap. 4 (dolus) n. 14 f.; Menochius, de praes. V, 3, n. 5 ff.; de recuperanda possessione, remed. 15 n. 135; Farinacius, qu. 88 n. 4 ff. (daselbst beste Übersicht über verschiedene hier als minder wichtig übergangene Varianten). — Sehr weitschweifig Celsus Bargalius, de dolo, p. 65 ff., 526 ff.

28) Farinacius, qu. 87 n. 3.

29) Vgl. Carpzov, I, 24 ff.

behandelndes thema probandum stellte. Der A hat im Zorne mit einer Waffe nach dem B gestochen oder geschlagen, ihn getötet, und behauptet nun, er habe ihn blofs verletzen wollen. Wie schwer ist es, ihm den animus occidendi nachzuweisen! Und wie leicht ist es, zu argumentieren: „Du hast zunächst in re illicita versiert; du hast sodann gewufst, oder wissen müssen, dafs ein Stich in die Lunge sehr leicht den Tod herbeiführt, denn das weifs jedes Kind!“

Es läfst sich nicht bezweifeln, dafs diese Beweiserleichterung sehr wesentlich zum endlichen Siege des dolus indirectus beigetragen hat.[30]) Wir werden sie noch wiederholt als treibendes Moment in der Entwicklung konstatieren können. Ja, manche Autoren betonen ausschliefslich diese Seite des dolus indirectus: er erscheint ihnen lediglich als ein Beweissatz. Aus dem Umstande, dafs Thäter den Erfolg vorausgesehen hat, entnehmen sie ein Indiz dafür, dafs er ihn auch gewollt habe;[31]) es liegt also nichts vor als ein eigentümlicher dolus praesumptus, ein animus (occidendi) indirecte probatus. Sehr klar ist dies in folgender Stelle des Hippolytus de Marsiliis:[32])

Praesumitur enim semper contra aggredientem . . . . et eo magis hoc procedit, quando ipse aggrediens seu percutiens dat operam rei illicitae . . . . Ubi enim committens delictum minus voluit delinquere et plus delinquit, si verisimiliter potuit cogitare, quod ex minori delicto quod intendebat, poterat maius delictum sequi, tenetur de maiori delicto quod sequutum est, non de minori quod intendebat committere . . . . Et quod maleficium non committitur sine dolo, debet intelligi: sine dolo vero vel praesumto; eo ipso enim, quod quis scivit vel scire debuit, quod maleficium quod intendebat committere poterat verisimiliter declinare ad maleficium quod est commissum, creditur de utroque cogitasse.[33]) [34])

---

30) Es wurde bereits oben, Anm. 8, hervorgehoben, dafs das Beweismoment bei Cumanus und Caepolla stark hervortritt.

31) Dafs der Thäter in re illicita versiert haben müsse, hat auch für diese Seite der Frage nicht die geringste Bedeutung.

32) Das obige Citat gekürzt aus cons. 7 n. 5, 10. — Aus dem Standpunkte unseres Autors erklärt es sich, dafs er eod. num. 53 auf dem Postulate des animus occidendi verharrt und die Übertragung von c. 3 in VI° de homic. V, 4 auf das bürgerliche Strafrecht verwirft. Sein *materiell-rechtlicher* Dolusbegriff ist also der des römischen Rechtes, und die neue Lehre erscheint ihm als reiner Beweissatz. Deshalb mufs er gerade jene Stelle des Kirchenrechtes, die zur gängigen Formel am meisten beigetragen hat, ablehnen, da dort die Doluspräsumtion widerlegt ist: Is qui mandat aliquem verberari, *licet expresse inhibeat, ne occidatur ullatenus*, etc.

33) Cogitare heifst hier wie in der Formel des Angelus de Ubaldis, die der Autor vor Augen hat, soviel wie *planen*, *beabsichtigen*.

34) Ähnlich die additio zu Clarus, l. V. § fin. qu. 90 num. 41 der cit. Ausg. Es handelt sich dort um das Delikt der Aufnahme eines bannitus, zu welchem die scientia gefordert war (s. o. S. 133); die additio sagt: „. . . et licet Bossius . . . dicat,

Auf dem gleichen Standpunkte steht Andreas Gaill, lib. II, obs. 110, num. 8: Et regulariter dolus praesumitur ex illicito actu, quando quis dat operam rei illicitae, eo ipso censetur esse in dolo.

Bisher hat sich die Doktrin in tastenden Versuchen, unklaren Ahnungen, abgeschmackten Interpretationskünsten und oberflächlichen Kompromissen bewegt. Erst der Spanier Covarruvias hat es verstanden, das Problem wissenschaftlich zu vertiefen, indem er aus dem reichen Gedankenschatze des Thomas von Aquino eine psychologische Begründung für die neue Doluslehre holte. Die späteren Juristen, insbesondere Carpzov, bezeugten den grofsen Eindruck, den sie von Covarruvias empfangen hatten, in der damals üblichen Weise: durch unverschämtes Ausschreiben. Auf diesem Wege kam der heilige Thomas dazu, einer der Mitbegründer der heutigen Strafrechtswissenschaft zu sein. Eine Darstellung seiner Lehre ist daher an dieser Stelle einzuschalten.[35])

Bei dem berühmten Kenner des Aristoteles wird es uns nicht wundern, dafs er bei der ethischen Bewertung der menschlichen Handlungen von dem Willen[36]) ausgeht: „neque actus exteriores habent rationem moralitatis, nisi in quantum sunt voluntarii.“ Mit diesem Prinzip jedoch scheinen ihm die uns bereits bekannten Stellen der Bibel und des kanonischen Rechtes nicht in Übereinstimmung zu sein. Gemäfs der herrschenden Methode stellt er sie als Argumente wider das durch andere Auktoritäten belegte Willensprinzip auf, und seine eigene Entscheidung stellt sich auch formell als Findung der richtigen Mitte dar.[37])

Er untersucht den moralischen Wert der menschlichen Handlungen

---

quod in hoc delicto dolus et scientia debet ostendi, advertendum est, quod dolus praesumitur in sciente vel scire debente. Dem Verfasser erscheint also die Wissentlichkeit nicht als Dolus, sondern nur als Anzeige desselben.

35) Das Folgende ist geschöpft aus der Summa theologica, u. z.: prima secundae, qu. 8 art. 1, qu. 18, art. 6, qu. 20 art. 5, qu. 76 art. 4, qu. 77 art. 7; secunda secundae, qu. 64 art. 8; das sind die laut meinen Aufzeichnungen von den späteren Juristen benützten, also für unsere Zwecke allein mafsgebenden Stellen. Eine weitergehende Haftung für die Vollständigkeit des Obigen kann ich nicht übernehmen; eine flüchtige Durchsicht der Summa an der Hand der Indices hat kein weiteres Material ergeben.

36) An einer Stelle findet sich die *Voraussicht* substituiert, in einer Art, die lebhaft an die neuesten Formulierungen der sog. „*Vorstellungstheorie*“ erinnert: Respondeo dicendum, quod eventus sequens aut est praecogitatus aut non. Si est praecogitatus, manifestum est quod addit ad bonitatem vel malitiam actus. Cum enim aliquis cogitans quod ex opere suo multa mala possunt sequi, nec propter hoc dimittit, ex hoc apparet voluntas eius esse magis inordinata; qu. 20. art. 5 cit.

37) Dafs auch die übrigen Erweiterungen des römischen Dolusbegriffes materiell nichts anderes waren, als Vermittlungen zwischen Willenshaftung und Erfolghaftung, habe ich bereits des öfteren betont.

und wirft die Frage auf, utrum eventus sequens aliquid addat de bonitate, vel malitia, ad exteriorem actum. Manches scheine dafür zu sprechen: *effectus enim virtute praeexistit in causa*: sed eventus consequuntur actus, sicut effectus causas: ergo virtute praeexistunt in actibus. Dies bleibt uneingeschränkt aufrecht, wenn der Erfolg vorausgesehen ist;[38]) im gegenteiligen Falle erfährt der Satz eine Einschränkung:

Si autem eventus sequens non est praecogitatus, tunc distinguendum est, quia, si *per se* sequitur ex tali actu, et *ut in pluribus*, secundum hoc eventus sequens addit ad bonitatem vel malitiam actus. Manifestum est enim, meliorem actum esse ex suo genere, ex quo possunt plura bona sequi, et pejorem, ex quo nata sunt plura mala sequi.

Si vero *per accidens*, et *ut in paucioribus*, tunc eventus sequens non addit ad bonitatem, vel ad malitiam actus. Non enim datur judicium de re aliqua secundum illud, quod est per accidens, sed solum secundum illud, quod est per se.

Hier ist zunächst die Handlung an sich untersucht, losgelöst von der Persönlichkeit des Handelnden. Der (sehr zu beachtende) Satz: effectus virtute praeexistit in causa, wird nur aufrecht erhalten für bestimmte Fälle: wenn der Erfolg mit einer gewissen Selbstverständlichkeit, in den meisten Fällen, aus einer derartigen Handlung entsteht. Dieses Kriterium steht im Zusammenhange mit der damals und später sehr geläufigen Kausalitätstheorie, die zwischen den einzelnen Bedingungen des Erfolges wesentliche Unterschiede machte und nur ganz bestimmte, mit dem Erfolge in einer gewissen regelmäfsigen Verbindung stehende Bedingungen als *Ursachen* im eigentlichen Sinne anerkannte.[39]) Die Formel des Thomas ist also nichts als ein Versuch objektiver Abgrenzung des Ursachenbegriffes.

Nachdem so das Verhältnis von Handlung und Erfolg festgestellt worden, schreitet Thomas daran, die Beziehung zwischen dem *Willen* und dem *Erfolge* zu untersuchen; er findet *zwei* mögliche Formen derselben: 1. der Erfolg selbst ist *direkt* gewollt; 2. es ist eine Handlung gewollt, welche Ursache jenes Erfolges ist: hier erscheint der Erfolg als ein *indirekt gewollter*.

Die beiden Hauptstellen, in denen Thomas diese Lehre vorträgt, sind im Detail nicht ganz übereinstimmend. Die eine behandelt das Verhältnis der Unwissenheit zur Sünde. Respondeo dicendum, quod, quia omne peccatum est voluntarium, in tantum ignorantia potest diminuere peccatum, in quantum diminuit voluntarium. Die Unwissenheit selbst kann nun eine gewollte sein: Contingit autem quandoque, quod

38) Den betr. Passus s. o. Anm. 36.

39) Grofse praktische Bedeutung erlangte diese Theorie für das Strafrecht in der Lehre von der *Letalität* der Wunden; ich gedenke auf dieses Thema in einer anderen Arbeit zurückzukommen.

talis ignorantia *directe et per se est voluntaria:* cum aliquis sua sponte nescit aliquid, ut liberius peccet: et talis ignorantia videtur augere voluntarium et peccatum; . . . Quandoque vero ignorantia, quae est causa peccati, non est directe voluntaria, sed *indirecte vel per accidens,* puta cum aliquis non vult laborare in studio, ex quo sequitur eum esse ignorantem: vel cum aliquis vult bibere vinum immoderate, ex quo sequitur cum inebriari et discretione carere: et talis ignorantia diminuit voluntarium et per consequens peccatum. Aus dem Schlusse ergibt sich, dafs der indirekte Wille gegenüber dem direkten einen *geringeren Grad von Verschuldung* darstellt.

Die zweite Stelle sagt: Circa quod duo consideranda videntur. Primo quidem, quod aliquid potest esse *voluntarium*, vel *secundum se,* sicut quando voluntas *directe* in ipsum fertur; vel *secundum suam causam*, *quando voluntas fertur in causam et non in effectum,* ut patet in eo, qui voluntarie inebriatur; ex hoc enim *quasi* voluntarium ei imputatur, quod per ebrietatem committit. Secundo considerandum est, quod aliquid dicitur voluntarium directe, vel indirecte, *directe* quidem id, in quod voluntas fertur: *indirecte* autem illud, *quod voluntas potuit prohibere*, *sed non prohibet.*

Aus dem letzten Absatze ist zu folgern, dafs Thomas den Normalfall vor Augen hat, wo der Thäter die gewollte Handlung in ihrer Qualität richtig erkennt; denn wenn dieser darüber nicht im klaren war, dafs sie schädliche Folgen per se, et ut in pluribus bewirke, so kann man ihm nicht billig vorhalten, sein Wille habe diese Erfolge verhüten können.[40])

Die Kritik dieser Theorie ist eigentlich sehr einfach: sie beruht auf falscher psychologischer Beobachtung, wie ich bereits in der Einleitung (S. 8) angedeutet habe.[41]) Oder besser gesagt, sie beruht überhaupt nicht auf psychologischer Beobachtung; denn das *indirecte*, *quasi* voluntarium weist darauf hin, dafs Thomas sich des Unterschiedes zwischen Wollen und Voraussehen bewufst geworden ist. Es liegt vielmehr eine logische Konstruktion ad hoc vor: man hatte das Bedürfnis,

---

40) Man könnte das in Zweifel ziehen mit Rücksicht auf folgende Stelle aus II, 2, qu. 64 art. 8, die im Gedanken offenbar an die obige anschliefst: Unde ille, qui non removet ea, ex quibus sequitur homicidium, si debeat removere, incurrit quodammodo *homicidium voluntarium.* Hoc autem contingit dupliciter. Uno modo quando *dans operam rebus illicitis*, quas vitare debebat, homicidium incurrit. Alio modo, *quando non adhibet debitam sollicitudinem.* Hier liegt aber nichts weiter vor, als eine ganz äufserliche Anpassung an das kanonische Recht. Insbesondere möchte ich betonen, dafs der Gedanke des versari in re illicita in dem dargestellten System des Thomas gar keinen Platz hat. Bei ihm erhält die Handlung ihre Bedeutung nur durch die Beziehung auf den zukünftigen Erfolg; die Frage, ob sie an sich schon unerlaubt ist, hat damit nichts zu thun.

41) Die nähere Ausführung ist dem zweiten Bande dieses Werkes vorbehalten.

wissentlich herbeigeführte Erfolge zu imputieren; anderseits stand es durch Überlieferung fest, dafs nur Gewolltes imputabel sei. Zu diesem letzteren Obersatze wurde nun der Untersatz fabriciert: Wer (wissentlich) die Ursache will, will auch den Erfolg; nun bekam man den gewünschten Schlufs: der wissentlich herbeigeführte Erfolg ist imputabel. Vom Standpunkte der formalen Logik aus war nunmehr alles in bester Ordnung. Und damit waren die späteren Juristen geradezu glücklich. An dem neu eingeführten Zwischensatze Kritik zu üben, dazu mangelte ihnen die psychologische Schulung. So wurde er denn kritiklos übernommen und Jahrhunderte hindurch festgehalten; noch heute ist er die Grundlage der Doluslehre vieler Kriminalisten. Seine grofse Bedeutung liegt darin, dafs er die unumgänglich nötige Erweiterung der strafrechtlichen Imputation mit dem durch die Autorität des römischen Rechtes gestützten Satze: in maleficiis voluntas spectatur, formell vereinbart.

Wie bemerkt war es zuerst der Kanonist Covarruvias, der die Lehren des Thomas in die Rechtswissenschaft einführte.[42]) Er unterscheidet: Voluntas fertur quandoque in actum homicidii *directe et per se;* quandoque indirecte et per accidens. *Directe* quidem fertur voluntas in homicidium, *quando quis animum habet occidendi: et haec est perfecta propriaque homicidii malitia;* l. 1 C. de sicar., l. 1 § divus ff. eod. tit. Nur bei dieser voluntas directa soll die poena ordinaria delicti eintreten. Deutlicher konnte der Autor wohl nicht darthun, dafs nach seiner innersten Überzeugung nur diese voluntas directa dem römischen dolus entspricht! Er fährt fort: *Indirecte* autem et *per accidens* fertur voluntas in homicidium, quoties fertur in id, ex quo immediate et per se, non per accidens, homicidium sequitur. . . . Dicitur autem magis vel minus indirecta voluntas in homicidium, quoties actus per se volitus, aut voluntate comprehensus, magis vel minus tendit ad ipsius homicidii periculum.[43]) Die Strafe bleibt stets eine poena extraordinaria.[44])

---

42) S. l. c. II. pars, initium num. 1, 2; § primus num. 1, § quartus num. 1, 2, 9, 10.

43) Diesem Satze liegt eine sehr richtige Empfindung zu Grunde, die ich folgendermafsen formulieren möchte: Die Schuld ist um so gröfser, mit je gröfserer Wahrscheinlichkeit der Thäter den schädigenden Erfolg seiner Handlung vorausgesehen hat. Vgl. Einleitung S. 6f.

44) Von Thomas unterscheidet sich Covarruvias hauptsächlich dadurch, dafs er den Satz vom versari in re illicita verwirft und auf sein ursprüngliches Geltungsgebiet einschränkt. Ein Teil seiner trefflichen Ausführungen ist oben, § 7 a. E., abgedruckt. Konsequenter als Thomas selbst verlangt er im Anschlufs an einige Vorgänger, dafs der actus illicitus ordinatus sua propria natura ad mortis laesionem, vel homicidium sein müsse; damit ist natürlich die ganze Sache für ihn eine unschädliche Überflüssigkeit.

Der nächste erwähnenswerte Schriftsteller,[45]) der die Lehren des Covarruvias übernommen hat, ist der Deutsche Jacob Ayrer.[46]) Er bereichert die Theorie um ein neues Wort, indem er hinter das direkte, per se, ein „*immediate*“ einschaltet; das indirekt Gewollte ist mittelbar gewollt. Etwas überraschend ist es, daſs er diesen indirekten Willen als culpa auffaſst; gelegentlich der l. 5 § 3 D. ad leg. Aqu. 9, 2 sagt er nämlich: sequitur hoc non fuisse homicidium dolosum sed culposum tantum: quia sutoris voluntas non directe sed indirecte et mediate in occisionem rapta fuit. So wurde Ayrer der Stammvater jener Theoretiker, die in der Fahrlässigkeit einen Willensfehler sehen: er kennt ein homicidium (indirecte) voluntarium culposum. Allerdings ist er in nicht sehr geistreicher Weise zu dieser Ehre gekommen. Einerseits nämlich hält er sich gewissenhaft an die römischen Quellen;[47]) anderseits eignet er sich gerade jene Argumentation an, die für die Erweiterung des römischen Dolusbegriffes ins Feld geführt wurde; wahrscheinlich hat ihm die letztere besonders imponiert.

Wir haben nunmehr die Entwicklung der Theorie bis zur Zeit Carpzovs verfolgt und einen Uberblick über den Stand der Wissenschaft gewonnen, den er vorgefunden hat. Zugleich sind wir ungefähr bis zu jenem Zeitpunkte vorgedrungen, wo die Carolina ihre — nicht übermäſsige — Wirkung zu üben beginnt; ihr Recht ist daher an dieser Stelle kurz darzustellen.

## II. Die peinliche Gerichtsordnung Karls V.

Die Carolina bricht endgiltig mit den germanischen Traditionen der Erfolghaftung[48]) und schlieſst sich in der Schuldfrage ganz an das römische Recht an. Sie betont unausgesetzt das Erfordernis der Schuld und hat für diese einen Reichtum von Ausdrücken, der ein sicheres Zeichen für den Eifer und die Sorgfalt ist, mit der Schwarzenberg

---

45) Petrus a Plaça a Moraça (epit. I, 10, num. 5, 9) liefert bloſs einen verkürzten Auszug aus der Darstellung seines Lehrers Covarruvias; ich erwähne ihn nur, weil er von Carpzov oft benützt wird.

46) Tract. cit. pars II, num. 4, 5; pars III, num. 1.

47) Auch darauf, daſs die Lehre des Covarruvias nicht quellenmäſsig ist, dürfte er durch dessen eigene Darstellung aufmerksam gemacht worden sein; vielleicht hat auch einer jener älteren Italiener, die den Erfolg eines versari in re illicita zur Fahrlässigkeit anrechnen (s. o. Anm. 5 f.), direkt auf Ayrer eingewirkt.

48) Der Art. 218 erwähnt unter den „missbreuchen und bösen unvernünfftigen gewonheyten, so an etlichen orten und enden gehalten werden“, und die aus kaiserliche Macht aufgehoben werden: Item so eyn furmann mit eynem wagen umbwürffe unnd eynen unversehenlichen tödt, das alssdann der selbig furmann der oberkeyt mit wagen, pferden und güttern auch verfallen sein soll.

für die Schuldidee eintrat; wohl auch dafür, dafs er die wiederholte Einschärfung dieser Idee für sehr notwendig hielt.[49])

Die häufigste Bezeichnung für den römischen Dolus ist: *geverde* (art. 5), geverlich,[50]) daneben wissentlich, williglich, böslich, fürsetzlich, argklistig, betrüglich, dieblich, heymlich und abgeleitete Wendungen; sehr oft sind der gröfseren Eindringlichkeit wegen mehrere dieser Epitheta verbunden, z. B. geverlicheyt mit wissen und willen, williger und geverlicher weifs, böslicher und geverlicher weifs, betrüglicher weifs mit wissen und willen u. dgl. m. Die einzelnen Ausdrücke sowohl als auch ihre Zusammensetzungen sind ziemlich unterschiedlos gebraucht; sie entsprechen den römischen Ausdrücken für dolus.[51])

Das strafrechtliche Verschulden ist selbstverständlich am eingehendsten an dem Tötungsdelikt entwickelt, dessen Hauptformen in den Artikeln 137 und 146 behandelt werden; ihr wesentlicher Inhalt ist der folgende:

Item eyn jeder mörder oder todtschläger wo er desshalb nit rechtmessig entschuldigung ausfüren kan, hat das leben verwürckt. Aber nach gewonheyt etlicher gegent, werden die *fürsetzlichen mörder* und die *todtschleger* eynander gleich mit dem radt gericht, darinnen soll underscheydt gehalten werden, Und also dass der gewonheit nach, ein *fürsetzlicher mutwilliger mörder* mit dem rade, und eyn ander der eyn *todtschlag* (oder) *auss gecheyt und zorn* gethan, und sunst nach[52]) gemelte entschuldigung nit hat, mit dem schwert vom leben zum todt gestrafft werden sollen.

Item so eyner ein *zimlich unverbotten werck* en eynem end oder ort da solch werck zu üben zimlich ist thut, und dadurch *von ungeschichten ganz ungeverlicher weiss*, *wider des thätters willen* jemandt entleibt, der selbig würd in vil weg, die nit müglich zu benennen sein entschuldigt. Folgen die berühmten Beispiele vom Barbier und vom Schützen;[53]) für beide Beispiele fahrlässiger Tötung heifst es dann: der thäter keyner würd gnug entschuldigt, Aber dannocht ist mer *barm-*

---

49) Vgl. Art. 146, gelegentlich der Auseinandersetzung über den Unterschied von doloser und nichtdoloser Tötung: Unnd nach dem dise fell offt zu schulden kommen, und durch die unverständigen darinnen etwo gar ungleich gericht wirdet etc.

50) Vgl. o. § 2 Anm. 22. Doch kommt das Wort geverlich auch im Sinne unseres gefährlich vor; so in Art. 132, 159 (vgl. Bambergensis 185), 172.

51) Vgl. CCC, artt. 5, 16, 34, 38, 40, 47, 68, 77, 88, 107, 111, 113, 114, 115, 121 122, 123, 127, 131, 132, 133, 134, 146, 148, 164, 167, 168, 170, 173, 178, 219. Vgl. auch die Zusammenstellungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit in der CCC in Bindings Grundrifs.

52) Über das handschriftliche „nach" (statt des Druckfehlers „auch") und das durch Redaktionsversehen stehen gelassene „oder" s. Güterbock, 232f.

53) Nach l. 11 pr., l. 9 § 4 D. ad leg. Aqu. 9, 2; vgl. Brunnenmeister, Quellen der Bamb. 172 f., 248.

*hertzigkeit*[54]) bei solchen entleibungen, die *ungeverlich auss geylheit oder unfürsichtigkeit, doch wider des thätters willen geschehen,* zuhaben, dann was arglistig und mit willen geschicht. . . . Jedoch haben dise fell zu zeitten gar subtil underschiedt, die dem gemeynen mann, so an den peinlichen gerichten sitzen verständig oder begrifflich nit zu machen sein, hierumb sollen die urtheyler inn disen obgemelten fellen allen (wann es zu schulden kompt) angezeygter erklerung halb, der vorgemelter verstendiger leut radt nit verachten, sonder gebrauchen.

Wer das Verhältnis Schwarzenbergs zu den römischen Quellen kennt, kann meines Erachtens gar nicht im Zweifel sein, dafs seiner Unterscheidung vorwiegend die von den Italienern oft citierte l. 11 § 2 D. de poen.[55]) zu Grunde liegt: Delinquitur aut *proposito*, aut *impetu*, aut *casu*. Der *fürsatz* ist die wörtliche Übersetzung von propositum;[56]) der römische impetus, calor iracundiae konnte gar nicht treffender wiedergegeben werden, als durch *Jähheit und Zorn;* der römische casus wird vollkommen richtig durch die Abwesenheit des dolus charakterisiert: von ungeschichten ganz ungeverlicher weiss, wider des thätters willen. Innerhalb dieses casus wieder wird die lascivia oder luxuria, und die lata culpa durch die ausgezeichnet gewählten Worte *Geilheit*, *Unvorsichtigkeit* (Bambergensis: *Unbehutsamkeit*) übertragen.[57])

---

54) Hier dringt noch immer der unrömische Gedanke durch, dafs die Berücksichtigung der Nichtschuld mehr auf Gnade als auf strengem Recht beruhe. Vgl. o. S. 41, Anm. 35; S. 121, Anm. 26.

55) Vgl. o. S. 80f.

56) Vgl. Birnbaum im Neuen Archiv d. Criminalr. XIII (1833) S. 250.

57) Die im Texte vertretene Ansicht stimmt im wesentlichen mit der herrschenden, allerdings sehr bestrittenen Lehre überein; sie wird vertreten von Hälschner, Güterbock, Brunnenmeister (bei letzterem p. 249 ff. Anm. 4 eine zusammenfassende Darstellung, auf die hiermit verwiesen sei; seither noch erschienen Wachenfeld). Es ist auf die Argumente pro und contra, auf Heranziehung anderer Stellen, in denen das Wort Fürsatz vorkommt u. dgl. viel Mühe verwendet worden. Ich glaube, dafs alle diese Argumentationen neben dem klaren Wortlaut der beiden Artikel eine verschwindende Bedeutung haben. Mit der Frage, ob der Fürsatz positiv eine längere Überlegung, *Vorbedacht*, oder negativ Mangel des Affektes bedeuten soll, darf man m. E. an unsere Stelle nicht herantreten; denn an den seltenen Fall einer Tötung ohne Affekt und ohne Vorbedacht hat Schwarzenberg wohl nicht gedacht, ihn daher auch nicht regeln wollen. Das Epitheton „*mutwillig*“ dürfte sich wol am besten aus Art. 129 erklären: Item welcher jemandt wider recht und billicheyt *mutwilliglich* bevhedet, den richtet man mit dem schwert vom leben zum todt, Doch ob eyner seiner vhede halb vonn unnss oder unsern nachkommen am Reich Römischen Keysern oder Königen erlaubnuss hett, oder der, den er also bevhedet, sein, seiner gesipten, freundtschafft oder herrschafft, oder der jren feindt wer, oder sunst zu solcher vhede *rechtmessig gedrungen ursach hett*, so soll er auff sein aussfürung der selben guten ursachen, peinlich nit gestrafft werden. Nimmt man an, dafs das „mutwillig“ in Art. 137 die gleiche Bedeutung habe (dafür Güterbock, p. 237 unter Berufung auf artt. 16, 126, 128 und CCB art. 252; anschliefsend Wachenfeld,

Dafs Schwarzenberg den Gegensatz von propositum und impetus zu solcher Bedeutung bringt, hat seinen Grund darin, dafs diese Unterscheidung dem Empfinden des Germanen seit jeher besonders wichtig war; die kriegerische Tugend des Ungestüms genofs auch dort,

---

13), so bedeutet es so viel als „ohne rechtmäfsige, dringende Ursache", ohne „Anlafs", d. h. wohl hier: ohne von dem Gegner provociert zu sein. Vgl. o. S. 122, dazu Hälschner, preufs. Strafr. III, 49. Darnach wäre der Mörder charakterisiert durch propositum und Mangel des „Anlasses", der Totschläger durch impetus, calor iracundiae. — Ich will nicht behaupten, dafs das Wort „fürsetzlich" in der CCC stets gleichmäfsig verwendet sei; wie ja auch das propositum der römischen Quellen nicht immer affektlosen Vorbedacht bedeuten mufs. Sicherlich aber kann nicht aus Art. 134 ein direkter Widerspruch gefolgert werden, wie Wachenfeld dies auf S. 12 thut. In dem genannten Artikel wird zunächst die fahrlässige Tötung durch Medikamente abgehandelt; sodann heifst es: Hett aber ein artzt solch tödtung *williglich* gethan, so wer er als eyn *fürsetzlicher mörder* zu straffen. Daraus folgert W. die Identität von Fürsatz und Tötungswillen. Nun ist jedoch zu beachten, dafs diese Bestimmung nur ein Anwendungsfall von Art. 130 CCC ist: Item wer jemandt durch gifft oder venen, am leib oder leben beschedigt, ist es ein mannsbild, der soll eynem fürgesatzten mörder gleich (!) mit dem rad zum todt gestrafft werden etc. Und aus der Überschrift des letzteren Artikels erfahren wir auch die ratio legis: Erstlich von straff der, die mit gifft oder venen *heymlich* vergeben. Also das alte, den Germanen stets verhafst gewesene Merkzeichen des Mordes, die Heimlichkeit, ist hier ausschlaggebend, nicht der Gegensatz von propositum und impetus; und das „als eyn fürsetzlicher mörder" des Art. 134 bedeutet nach Analogie des Art. 130 nicht eine Gleichstellung, sondern soviel als „wie ein fürsetzlicher Mörder". Übrigens dürfte eine solche willigliche Tötung durch den Arzt fast ausnahmslos zugleich auch eine „fürsetzliche" im Sinne der herrschenden Auffassung sein; wenigstens liegt gerade hier der Gedanke an die Möglichkeit einer Tötung in Jähheit und Zorn sehr ferne. — Wachenfeld nimmt eine ältere, u. a. auch von Böhmer (s. u. zu Anm. 85) vertretene Ansicht auf. Er sieht in dem „*Fürsatz*" des Art. 137 den *Tötungswillen*, den auf den *Erfolg* gerichteten Vorsatz; so wenigstens auf S. 11ff. Im Widerspruche damit trägt er auf S. 20ff. die Ansicht vor, dafs der Tötungswille zum Morde doch nicht erforderlich war. „Die Fälle der heutigen vorsätzlichen Körperverletzung mit tötlichem Ausgange werden mithin nur insoweit *nicht* als Mord oder Totschlag bestraft, als es nicht die Wunde ist, welche den Tod verursachte, m. a. W. insoweit die Wunde als keine tötliche gilt." Zu dieser Ansicht gelangt W. durch eine sonderbare Auffassung des Art. 147. Dieser gebietet die Konstatierung des Kausalzusammenhanges zwischen der Wunde und dem erfolgten Tode; das thun wir heute ebenso, ob es sich nun um Mord, Totschlag, Körperverletzung mit tötlichem Ausgange oder fahrlässige Tötung handelt. Dafs die Carolina über das Erfordernis des objektiven Kausalzusammenhanges anders denkt als wir, berechtigt natürlich noch lange nicht zu folgendem Schlusse: „Hat aber die Wunde, und keine anderen Ursachen, den Tod herbeigeführt, und ist der Tod in nicht allzu langer Zeit nach der Verwundung eingetreten, so nimmt damit die Carolina auch an (?), dafs der Thäter den Tötungswillen gehabt habe. Die objektive That und die subjektive Verschuldung sind in dem Ideenkreis der Carolina so innig mit einander verwoben (?), dafs sie im Art. 147, *statt von dem Mangel in der Richtung des Willens zu reden*, von einem Mangel in dem objektiven Kausalzusammenhange reden kann." Nun hatte die Carolina nicht den geringsten Anlafs über den Willensmangel, den sie in den knapp vorhergehenden Artikeln ausführlich erledigt hatte, noch ein Wort zu verlieren; sie will an dieser

wo sie zu Rechtsverletzungen ausartete, noch immer eine relative Achtung;[58]) darum wurden die von den römischen Quellen dargebotenen Handhaben gerne benützt, um dieser Empfindung nachzugeben.

Fürsätzliche Tötung und Tötung in Jähheit und Zorn sind beide — auch das ist durchaus korrekt römisch — als Formen der dolosen Tötung aufgefaſst; das beweist nicht nur die Strafsanktion (Rad, Schwert), sondern auch der Umstand, daſs bloſs die fahrlässige Tötung, die beiden gegenübergestellt wird, als wider des Thäters Willen geschehen gekennzeichnet erscheint.[59]) Der Wille ist das Essentiale des Dolus; daſs ein anderer als der auf den verbrecherischen Erfolg gerichtete Wille als Surrogat genüge, dafür findet sich nicht die leiseste Andeutung. Die Lehre vom versari in re illicita war auf Schwarzenberg bereits von Einfluſs: zur vollen Diligenz setzt er voraus, daſs der Thäter „ein zimlich unverbotten werck thut", rei licitae opus dat. Er scheint sich also jenen Italienern anzuschlieſsen, welche die Folgen des opus illicitum zur culpa anrechnen,[60]) ohne jedoch auf die ganze Sache besonderes Gewicht zu legen.

Im allgemeinen ist, wie wir gesehen haben, die Carolina bemüht, die römischen Schuldbegriffe zu verwerten, und hat dies auch mit annähernder Reinheit gethan. Für alle subtileren Fälle verweist sie auf den Rat der Sachverständigen; daſs diese sich bei ihren Untersuchungen an die römischen Quellen und nicht an die Carolina hielten, die ja in dieser Frage keine dispositive Bestimmung enthielt, sondern nur dem gemeinen Manne ein ganz ungefähres Bild des römischen Rechtes bieten wollte, kann uns nicht wundern. Erst allmählich wurde die heimische Rechtsquelle in der Doktrin verwertet; da aber wurde sie in der Regel noch viel willkürlicher ausgelegt, als die römischen Quellen.

## III. Die Theorie von Carpzov bis zum Ende des 18. Jahrhunderts.

Auf die Theorie des Carpzov müssen wir besondere Aufmerksamkeit verwenden; nicht wegen ihres inneren Wertes, sondern wegen der auſserordentlichen Autorität, die er lange Zeit hindurch genossen hat.

Er behandelt die Abgrenzung des Dolusbegriffes in der ersten quaestio

---

Stelle gerade den objektiven Kausalzusammenhang besprechen und gar nichts anders. Der Zusammenhang, den W. zwischen beiden Fragen gegeben sieht, beruht auf einem allzufreien Spiel seiner Phantasie.

58) S. o. p. 38, 134 f. Vgl. über die italienischen Juristen Hälschner, preuſs. Strafr. III, 49.

59) Weitere Beispiele fahrlässiger Tötung s. in Art. 134 und 136, zu letzterem 2. Mos. 21, 29.

60) S. o. S. 148.

seiner practica; durch diese Stellung schon deutet er an, welch grofsen Wert er auf die richtige Lösung der Frage legt.

Der status quaestionis wird (num. 15) folgendermafsen dargestellt:[61]) Ab initio autem non dubitandum est, pro homicidio simplici doloso, quod in rixa committitur *ex voluntate et animo occidendi*, constitutam esse poenam ordinariam gladii . . . . Quid autem si animus occidendi desit? Veluti si quis gladio, vel ligno, vel alio simili instrumento Sempronium percusserit pravo animo, volens ei injuriam irrogare, ejusque faciem cicatrice signare, non occidere, nec tamen potuit manum ita temperare, quin graviter percusserit, ex eaque percussione praeter intentionem vulnerantis mors fuerit secuta? Anne delinquens poena mortis sive gladii puniri debeat?

Man beachte genau die Fragestellung: es handelt sich darum, ob die *poena ordinaria* ohne den animus occidendi verhängt werden kann. Diese Frage wird allerdings von den meisten Vorgängern Carpzovs mehr oder minder deutlich verneint.[62])

Nach bewährter scholastischer Methode bringt er zunächst die Gründe vor, die für die gegnerische Ansicht zu sprechen scheinen, um sie dann desto siegreicher widerlegen zu können. Ohne jede Ordnung folgt 1) der herkömmliche Satz, dafs lata culpa quoad poenam mortis non aequiparatur dolo; in unserem Falle nun liege blofse culpa vor. 2) ein Hinweis auf die allgemeine Bedeutung des Willens nach römischem Strafrechte und nach allgemeinen ethischen Grundsätzen (Aristoteles!). Im gegebenen Falle mangle der Wille. Unter 3) und 4) einige sehr richtig citierte römische Quellenstellen. 5) Der Passus der CCC art. 146 in pr., der von einer Entleibung „*wider des thätters willen*“ spricht. 6) Das jus divinum: die Bestimmungen der Bibel über die Zufluchtsstädte. Und last not least eine stattliche Reihe von Autoritäten, die sich leicht noch vermehren liefse.[63])

Nunmehr entscheidet sich Carpzov für die Bejahung der aufgeworfenen Frage. Seine Gründe sind im einzelnen folgende.

1) Der von den Italienern entwickelte Satz: dans operam rei illicitae tenetur de omni eo, quod sequitur praeter illius intentionem et voluntatem, si nimirum causa sit ordinata, et tendat ad subsequutum delictum, ita quod delicti autor verisimiliter aut cogitavit, vel cogitare potuit, aut saltem cogitare debebat de eo quod inde facile successurum

---

61) Schon hier in wörtlichem Anschlufs an Covarruvias, l. c. II, init. num. 1.

62) Vgl. num. 23, 28, 59.

63) Zu den Gegnern gehören alle jene Juristen, die bei dem versari in re illicita eine Art von Fahrlässigkeit, oder aber einen Dolus von geringer Intensität annehmen, der mit poena extraordinaria zu ahnden ist. Dafs Carpzov unter den letzteren gerade seinen Gewährsmann Covarruvias hier nicht citiert, ist ein Akt kluger Gelehrtenpolitik. Der Leser soll nicht vor den Kopf gestofsen werden.

erat.[64]) Im fraglichen Falle nun liege zweifellos ein solches versari in re illicita vor; ebenso ist das weitere Erfordernis gegeben: praesertim cum sciat, vulnera ad mensuram dari non posse, ex iisque immediate utplurimum mortem sequi. Quo respectu percutiens gladio etiam versatur in *dolo in genere;* dolose namque agit, quod gladio percutit; dolose quoque agit, quod vulnerat, et sic vulnerando dolose causam mortis praebet. In delictis puniendis sufficere dolum in genere tradunt doctores communiter.[65])

Als zweites Argument folgt eine wörtliche Abschrift der Sätze des Covarruvias über den *direkten und indirekten Willen* (s. o. S. 161); dafs Covarruvias bei indirektem Wollen nur aufserordentliche Strafe eintreten lässt, verschweigt Carpzov, ist aber so gedankenlos, die korrelate Bemerkung über die Tötung mit direktem Dolus: et haec est perfecta propriaque homicidii malitia stehen, zu lassen.

Drittens und viertens folgen als Quellenbelege c. fin. in VI⁰ de homic. (Anstiftung zum Durchprügeln); l. 38 § 5. D. de poen. 48, 19 (Abortiv- und Liebestränke) in unverständiger Verbindung mit l. 15 D. ad l. Corn. de sic. 48, 8. (Nihil interest, occidat quis an mortis causam praebeat.)

Fünftens: der Gesetzgeber hätte notabilem eiusmodi distinctionem nicht mit Schweigen übergangen, wenn diese Unterscheidung eine so grofse praktische Bedeutung haben sollte; das sei aber in art. 137 CCC geschehen. Den Art. 146, der sich mit der Schuldfrage auseinandersetzt und für alle subtilen Unterscheidungen auf den Rat der Rechtsverständigen verweist, unterschlägt Carpzov. Dafür folgt eine unglaublich thörichte Interpretation von Art. 148.[66])

64) Wörtlicher Anschlufs an Farinacius, s. o. Anm. 8 i. f. Die subjektive Seite ist auch hier zu beachten.

65) Folgen einige Citate von Autoren, die den dolus in genere verschieden anwenden; so z. B. Gomesius, l. c. III, cap. 3 de homic. num. 34 zur Konstruktion des error in objecto. — Was Carpzov in der citierten Stelle über den generellen Dolus ausführt, gehört zu den ärgsten Schwätzereien, die in dieser Materie jemals geleistet worden sind. Indem der Thäter die Ursache des Todes gesetzt hat, war er gleichzeitig in dolo, und wenn dieser dolus auch nicht gerade auf den Tod ging, so war doch so ein allgemeiner Dolus da, und das mufs genügen, denn die Doktoren haben es gesagt (vgl. auch num. 51). Das mortis causam praebere der Quellen (vgl. o. S. 44) scheint Carpzov hier und in num. 35 in einer sehr schiefen Bedeutung gefafst zu haben, die seinen neuesten Ausleger Lobe (l. c. p. 14 o.) verleitet, darunter ohne weiteres eine eventuelle Genehmigung des Erfolges zu verstehen. Ich glaube aber, dafs Carpzov doch in der lateinischen Sprache so zu Hause war, dafs er praebere nicht mit probare verwechseln konnte. — Es ist kaum nötig darauf hinzuweisen, dafs dieser dolus in genere Carpzovs mit dem, was die spätere Doktrin unter dolus generalis verstand, kaum mehr als den Namen gemein hat. Über Böhmers Stellung dazu s. u. S. 172 f.

66) Der Art. 148 der CCC behandelt die berühmte Frage der Tötung in rixa. (Vgl. Brunnenmeister, Quellen der Bamb., bes. 135, 188ff.) „Item so etlich personen mit fürgesetztem und vereynigtem willen und mut jemandt bösslich zu er-

Sechstens: eine entsprechende Interpretation von Sachsensp. II, 13, § 5.

Siebentens: Berufung auf einige Stellen des jus divinum. Darunter nicht mit Unrecht auf 4. Mos. 35, V. 16 ff. (S. o. S. 49.)

Diese Verwertung des mosaischen Rechtes kehrt bei späteren Autoren regelmäfsig wieder, und war sicherlich für die Theorie von nicht unbedeutendem Einflusse.

Schliefslich bringt Carpzov für seine Ansicht den praktischen Grund, dafs sie der *Beweisschwierigkeit* die Spitze abbricht; er schildert die Kontroversen über den Beweis des animus occidendi, sowie die Bedenken, welche gegen den Indicienbeweis, das juramentum purgatorium und die Anwendung der Tortur vorliegen (num. 24 ff., 60 f.). Würde man für die poena ordinaria den animus occidendi fordern, so wäre das sehr bedenklich: res esset pessimi exempli, et infinita homicidia remanerent impunita. Quilibet enim homicida, quo mortis poenam effugeret, hac exceptione sese tueri posset, dicens: se non habuisse animum occidendi, neque putasse, mortem exinde eventuram. Quod et postea leviusculis quibusdam praesumptionibus hinc inde congestis, ope et auxilio Advocatorum, quorum studium plerumque est lites ac inquisitiones protrahere, tractu temporis praesertim colorare, ac contra veritatem defendere, ipsi haud difficile foret.[67])

Der dolus indirectus Carpzovs ist kein dolus indirecte probatus, läfst also auch keinen Gegenbeweis zu, sondern er ist ein rein materiellrechtlicher Begriff, der nur den grofsen Vorteil bietet, dafs er viel leichter erweislich ist, als der dolus directus.

Auf Grund eines mit solchem dolus indirectus vollbrachten Totschlages will Carpzov die poena ordinaria homicidii, die Schwertstrafe[68]), verhängt wissen, und befindet sich damit nach seiner Angabe (num. 43 ff.) in Übereinstimmung mit der Praxis des Leipziger Schöffenstuhles.

---

morden einander hilff und beistandt thun, die selben thätter alle haben das leben verwirckt. So aber etlich person ungeschichts in einem schlagen oder gefecht, beyeinander weren, eynander helffen, unnd jemandt also on gnugsam ursach erschlagen würde, So man dann den rechten thätter weiss, von des hand die entleibung geschehen ist, der soll als eyn todtschleger mit dem schwert zum todt gestrafft werden etc. Der zweite Absatz bezieht sich also auf den Fall, wo der *Streit* ohne Vorbedacht herbeigeführt worden ist; Carpzov folgert jedoch: unde apparet manifeste, etiam eos, qui ex inopinatu et non animo occidendi aliquem percutiunt, et praeter intentionem occidunt, poena gladii affici debere. Als ob es ausgeschlossen wäre, dafs man im Verlaufe einer rixa subito orta mit animus occidendi tötet!

67) Des weiteren geht Carpzov auf die Widerlegung der für die gegnerische Ansicht gebrachten Argumente ein; was er da vorbringt, ist nicht wert mitgeteilt zu werden.

68) Dieselbe Schwertstrafe, die er auch bei *überlegter* absichtlicher Tötung angemessen findet: qu. 7 bes. num. 9.

Über die Argumente Carpzovs glaube ich mir eine nähere Kritik ersparen zu können; soweit sie neu sind, sind sie zum gröſsten Teile sehr schlecht. Er selbst hat deutlich gezeigt, wie wenig er von seinen Argumenten hält, und wie es ihm mit ihnen nur darum zu thun war, seine eigene vorgefasste Meinung in üblicher Weise herauszuputzen. In der folgenden quaestio 15 nämlich, die vom parricidium handelt, verfolgt er eine andere Tendenz. Während in der quaestio 1 sichtlich das Bestreben vorwaltet, den Totschläger durch keinerlei Ausflucht der ordentlichen Strafe sich entwinden zu lassen, drängt Carpzov auf eine Milderung der poena ordinaria des parricidium (i. e. poena culei, vel rotae, copia fluminis deficiente). Darum soll bloſs Schwertstrafe, nicht poena ordinaria eintreten, wenn das parricidium zwar mit dolus indirectus, aber absque animo et proposito occidendi et parricidium perpetrandi vollbracht worden ist. Alle Gesetze, die zum Verwandtenmord dolus, „boſshafftigen Vorsatz" u. dgl. verlangen, deuten plötzlich ausschlieſslich auf den direkten Dolus: tum quod dolus in criminalibus saepissime (!) sumatur pro animi destinatione et proposito ad certum (!) delictum quoquo modo perpetrandum. Der moderne Leser empfindet diese Schwenkung wie ein frivoles Spiel. Die ganzen mühsamen Errungenschaften des dolus generalis, des indirekten Wollens, die schönsten juristischen und psychologischen Untersuchungen sind in den Brunnen gefallen. Denn es gilt hier die, allerdings humane, Tendenz durchzusetzen, daſs poenae atrociores et odiosae stricte sunt interpretandae et non extendendae. Und so kommt Carpzov allen Ernstes zu dem Resultat, daſs derjenige, welcher seinen Vater (wohlgemerkt: ohne darüber im Irrtum zu sein, daſs es sein Vater ist) mit indirektem Dolus tötet, zwar ein doloses homicidium, aber nicht ein doloses parricidium begeht.

Wenn spätere Juristen zumeist Carpzov als den Begründer der Lehre vom dolus indirectus ansehen, so beruht das, wie wir gesehen haben, auf einem Irrtum. Der Name stammt nicht von ihm[69]), die Begründung hat er in ihren wesentlichsten Teilen aus den Arbeiten seiner Vorgänger kompiliert. Richtig jedoch ist, daſs es das groſse Ansehen Carpzovs gewesen ist, das diese Lehre in Deutschland zur herrschenden machte. Ihm schlieſsen sich die späteren Schriftsteller an[70]), nur

---

69) Nebst Covarruvias spricht auch schon Bossius von einem dolus, der indirecte auf den Erfolg geht; tit. de homicid. num. 75.

70) Vgl. die Kommentare von Blumlacher zur CCC art. 137 num. 7; Clasenius, zu art. 132 (wörtl. Anschluſs an Carpzov, quaest. 10 num. 13f.); Brunnemann, zu l. 1 D. 48, 8, num. 2; l. 6 Cod. 9, 12; l. 1 Cod. 9, 16; Lauterbach, Collegium, ad leg. Corn. de sicar. §§ 6, 31; Ferdin. Christ. Harpprecht, resp. 75 n. 197, cons. 66 n. 5f., 12; cons. 79 n. 27f., cons. 81 num. 46f.; Georg Friedr. Harpprecht, decis. 87 num. 52; dec. 88 n. 25ff.; Engau, elementa, I, § 34; zweifelnd Bruckner in der cit. Diss. p. 27ff.

vereinzelt erhebt sich Widerspruch.[71]) So konnte Georg Friedrich Harpprecht (decis. 87 n. 52) konstatieren, die Lehre vom dolus indirectus sei „längst ausgemachten und per notoriam fori criminalis bestärkten Rechtens“.

Unwesentlich ist der Widerspruch, den Schilter (praxis, ad leg. Corn. de sic. § 119 ff.) gegen Carpzov erhebt; er verwirft zwar die von diesem gebrachten Quellenzeugnisse, hält aber die Lehre vom dolus indirectus aufrecht, u. z. auf Grund von l. 1 Cod. 9, 16 („animus nocendi“; s. o. S. 79) und des jus divinum.

Sehr wichtig für die Fortbildung unserer Theorie ist Leyser (Meditationes, specim. 603). Er verweist darauf, dafs die Formel vom versari in re illicita unzureichend sei; wenn jemand am Feiertag arbeite und dabei kulpos einen Dritten töte, so liege keinerlei Dolus vor.[72]) Erforderlich sei eine gegen den Verletzten gerichtete *voluntas nocendi*; diesen Ausdruck schlägt er als den quellenmäfsig richtigen an Stelle von animus indirectus vor.

Hochinteressant für den modernen Leser ist die Begründung, mit der Leyser seine Theorie rechtfertigt: Quisquis enim letifero instrumento vulnus intendat, hic certe, siquidem recta ratione praeditus est, *praevidet* ex vulnere illo mortem sequi posse. Dum itaque hoc scit, et *tamen* vulnerat, *in mortem adversarii consentit*, atque adeo non in culpa sed in dolo est.[73])

Ebenso gründlich als bedeutungsvoll ist die Bearbeitung der Schuldlehre in den Schriften von Joh. Sam. Frid. Böhmer.[74])

---

71) Barth, Hodogeta forensis, wendet sehr vernünftig ein: nec brocardicum illud de vulneribus ad mensuram non infligendis, ultra intentionem vulnerantis extendendum; tametsi enim intentio vulnerandi dolosa sit, non tamen homicidium propterea dolosum dici potest, utpote citra intentionem casu magis contingens; er citiert dazu den mir nicht erreichbaren Theodoricus, Colleg. crim. cap. 7 n. 3 ff. Ebenso ist mir leider unzugänglich geblieben Beyer, Positiones ad Institutiones, Pandectas et jus feudale: eine Notiz bei Böhmer observ. ad Carpz. qu. I num. 62 (p. 4 meiner Ausg.) besagt über ihn: ubicumque animus indirectus homicidii in quaestionem venit, *culpam dolo accedere* tradit ad ff. tit. de privat. delict. Posit. II. quasi voluntati laedendi dolus et propositum; ast executioni laesionis, quae male cessit, simplex culpa et parum curiosa attentio insit; praeterea vulneratio quidem audiat dolosa, homicidium vero culposum. Also eine Idealkonkurrenz von doloser Verletzung und kulposer Tötung, ganz so wie später Feuerbachs culpa dolo determinata. Gegen diese Auffassung meint Böhmer, man könne die einheitliche Handlung nicht in zwei Stücke zerreifsen, deren eines dolos, das andere kulpos sei.

72) Man beachte, wie sich die Lehre von dem Ausgangspunkte des Irregularitätsrechtes ganz abgelöst hat. Leyser spricht nur etwas aus, was auf Grund der Entwicklung längst rechtens war.

73) Das ist, wie wir sofort bei Böhmer sehen werden, der Grundgedanke des *dolus eventualis*; die Formulierung: Handeln trotz der Voraussicht, erinnert lebhaft an die heute sog. „Vorstellungstheorie“.

74) Seine Theorie ist bereits angedeutet in den „Elementa“ sect. I, § 43, sect.

Die Grundlage einer jeden strafrechtlichen Imputation ist der *Wille:* Quicquid enim imputationis delictis inest, fundamentum suum habet in *voluntate.* Der Wille nun kann entweder *direkt* oder *indirekt* auf den Erfolg gehen. Auch das fahrlässige Verbrechen beruht auf indirektem Willen; solus gradus voluntatis utramque actionem distinguit, modumque imputationis determinat, qui in dolo est fortior, in culpa debilior; ibi ordinariam, hic extraordinariam poenam producit. Ita vero *dolum* non male animum delinquendi *directum*, *culpam* vero *indirectum* dixeris.[75]) Indes wird das Gebiet des indirekten Wollens durch die Fahrlässigkeit nicht ganz ausgefüllt; es bleibt noch ein Teil übrig, der an den Dolus angegliedert werden mufs; und das ist jener indirekte Dolus, von dem gemeiniglich die Rede ist.[76])

Das Wesen dieses indirekten Dolus ist gekennzeichnet durch die *eventuelle Einwilligung in den nicht beabsichtigten Erfolg.* Böhmer verwendet meines Wissens zum ersten Male den terminus *„dolus eventualis“*; und es ist festzuhalten, dafs dieser Ausdruck bei seinem Auftauchen durchaus identisch mit dolus indirectus ist und den Grundgedanken dieser Schuldform nicht ändert, wenn auch Böhmer diesen Grundgedanken klarer entwickelt. Schon bei Carpzov vereinigt sich der von Thomas herrührende Satz: wer die Ursache will, will auch den Erfolg, mit dem von der italienischen Schule herausgearbeiteten Satze, dafs der nicht beabsichtigte Erfolg eines Deliktes nur dann zum Dolus zugerechnet werden könne, wenn dieser Erfolg von dem Thäter als ein wahrscheinlicher vorhergesehen werden mufste. Böhmer nun sagt, der vorhergesehene Erfolg unserer Handlungen sei gewollt, nicht immer pure, aber doch *eventualiter:* Qui enim vult antecedens specifice, *non potest nolle consequens, si est praevisum ac cognitum* . . . . voluit necem *specifice,* etsi eventualiter voluerit . . . . in eventum inde sequutum *consensisse,* et animo homicidii quidem indirecto, ast doloso necasse adversarium censetur. Ohne Unterlafs betont er, dafs dieser sein Dolus ein spezieller,

---

II § 202 breit ausgeführt in der Observ. zu Carpzovs qu. I num. 62 (von der die obige Darstellung ausgeht) und wiederholt im Kommentar zu Art. 137 CCC. Obwohl viel selbständiger im Urteil als Carpzov ist Böhmer natürlich auch sehr von seinen Vorgängern abhängig. Ich habe es nicht für nötig erachtet, in dieser Beziehung jedem Detail nachzugehen. Nur auf eine Thatsache möchte ich hinweisen. Die berühmte Nettelbladt-Gläntzer'sche Dissertation lag einige Jahre vor dem Erscheinen der Observationes gedruckt vor; Böhmer, der sonst seine Quellen gewissenhaft angibt, citiert sie nicht. Es liegt aber eine Übereinstimmung in den Gedanken und selbst im Ausdruck vor, die jedenfalls sehr auffallend ist.

75) Vgl. o. S. 162.

76) Böhmer gibt keine Begründung seiner Fahrlässigkeitstheorie. Sie scheint hervorgegangen zu sein aus dem Bestreben, den Grundgedanken des römischen Strafrechts, dafs der Wille Träger der kriminellen Verantwortung sei, mit der Bestrafung der Fahrlässigkeit zu vereinigen.

auf den einzelnen Erfolg gerichteter ist, und lehnt die von Carpzov und anderen versuchte Konstruktion eines dolus in genere entschieden ab.[77])

Mit diesen Sätzen hat Böhmer jene Schlagworte formuliert, die noch heute die Doluslehre beherrschen. Das römische Recht setzt für die poena ordinaria das Wollen des Erfolges voraus; demnach mufste die Schuldform der Wissentlichkeit, wenn sie anders nicht mit der übermäfsig leichten Fahrlässigkeitsstrafe belegt werden sollte, irgendwie als Willensschuld konstruiert werden.[78]) Dieses „Gewollthabenmüssen", „Nicht-Nichtgewollthaben", die „Einwilligung" in den Erfolg scheinen bei oberflächlicher Betrachtung recht plausibel zu klingen. Zwar mufs sich jedem gesunden Denker sofort der Zweifel aufdrängen: Wozu die Umschweife? Warum konstatiert der Jurist nicht einfach: In diesem konkreten Falle war der Erfolg gewollt! Gerade durch diese künstlichen Konstruktionen, deren wir schon mehrere kennen gelernt haben, beweisen die Konstrukteure, dafs sich alle guten Geister in ihnen dagegen sträuben, den wissentlich herbeigeführten Erfolg als gewollten anzusehen. Alle empfinden das Bedürfnis, sich selbst zu beweisen, dafs hier trotz dem natürlichen, auf psychologische Beobachtung gegründeten Urteile doch eine Willensbeziehung vorliege. Und schliefslich gelingt es ihnen, sich zu überreden; denn was man braucht, das glaubt man gern!

Eigentümlich ist die Stellung, die Böhmer gegenüber der *Beweisfrage* einnimmt. Er lehnt entschieden die Ansicht ab, als ob der dolus indirectus nichts weiter als eine praesumtio doli sei; aber seine Ablehnung richtet sich im Grunde nur gegen jene Ansicht, die in diesem Falle einen (nicht zureichenden) Indizienbeweis annahm,[79]) der je nach Umständen durch Tortur oder blofse Territion zu ergänzen oder durch juramentum purgatorium zu entkräften sei. Jam vero probato animo homicidii indirecto cum nece alterius per se connexo, dolus non *meris*

---

77) Vgl. auch zu Art. 137 CCC § 7 a. E.

78) Nur ein Autor ist mir bekannt, der dieses Bedürfnis nicht empfunden hat: Kress, in seinem Kommentar zu art. 146 CCC: Ad hanc classem potissimum referrem casum, ubi de animo insigniter laedendi liquet, de animo occidendi autem restent adhuc dubia quaedam alicuius momenti. Imo rectius Matthaei pag. 494 n. 16 qui insigniter laedere voluit, et occidit, de occisione tenetur, ni constet, quod mors aliunde secuta sit. Item illos homines, *qui necem proximi deliberato quidem non intendunt, attamen actionibus suis socordibus et veluti brutis, insignem animi indifferentiam erga sanguinem humanum ostendunt, ut ipsis perinde sit, servetur, an occidatur concivis.* Quae bestialitas omnino sensibili aliquo malo corrigenda est atque moderanda. Man kann das Wesen der Wissentlichkeit kaum treffender darstellen, als es hier geschehen ist. Aber freilich, mit dem römischen Rechte stimmt das gar nicht! Es war also unbrauchbar. — Vgl. o. S. 151, Anm. 12.

79) Der Sprachgebrauch praesumtio = indicium war etwas sehr Gewöhnliches.

*praesumtionibus* nititur, sed in tantum *liquidus* est, in quantum *veritas juridica et moralis* in foro id exigit. Im Zusammenhalte mit Böhmers Stellung zum Indizienbeweise[80]) bedeutet dies: Das aus dem dolus indirectus geschöpfte Indiz ist allein schon für die Verurteilung hinreichend, es liegt ein völlig liquider Beweis vor. Das ist ein Gedankengang, der mit der Konstituierung des dolus indirectus als einer materiell-rechtlichen Schuldform im Widerspruch steht. Aber die geschichtliche Entwicklung hatte nun einmal diesen Begriff des materiellen Rechtes mit der Beweisfrage in eine fast unlösliche Verbindung gebracht.

Den Einwand Beyers, dafs es sich in den Fällen des dolus indirectus eigentlich um ein Zusammentreffen doloser Körperverletzung mit kulposer Tötung handle, weist Böhmer mit der Begründung zurück, dafs es sich um eine einheitliche That handle, die daher auch einheitlich beurteilt werden müsse.[81])

Diese „*aus der Natur der Sache und allgemeinen Regeln*“[82]) entwickelten Lehren erweist Böhmer nunmehr aus den Gesetzen; er beruft sich zunächst auf die Mitteilung des Hadrianischen Reskriptes in l. 1 § 3 D. ad l. Corn. de sic. 48, 8, wo gelegentlich des animus occidendi ausgeführt wird: et ex re constituendum hoc: nam si gladium strinxerit et in eo percusserit, indubitate occidendi animo id eum admisisse: sed si clavi percussit aut cuccuma in rixa, quamvis ferro percusserit, tamen non occidendi animo.[83]) Auch in der Verwertung dieser Stelle zeigt sich die doppelte Bedeutung des Böhmer'schen dolus indirectus; sie ist richtig verwendet, soweit Böhmer durch sie darthut, dafs nach den römischen Quellen der Rückschlufs ex sola qualitate armorum vollen Beweis des dolus, nicht etwa ein erst weiter zu erhärtendes Indiz (praesumtio) des dolus ergibt. Die Stelle ist handgreiflich falsch verwendet, wenn durch sie erwiesen werden soll, dafs der materiellrechtliche römische Dolusbegriff nicht in der „*Absicht*“ bestand; denn gerade um die Feststellung dieser Absicht dreht sich ja alles! Folgen die bekannten Stellen über Abortiv- und Liebestränke[84]), und über die Anstiftung zum Durchprügeln.

---

80) S. o. S. 153.

81) Vgl. o. Anm. 71.

82) Der Einflufs der naturrechtlichen Richtung der Jurisprudenz wird auch in unserer Frage immer klarer hervortreten.

83) Vgl. Collat. I, 6. Die Stelle will zweifellos nichts anderes, als einen Indizienbeweis des animus occidendi konstituieren; sie ist schon vor Böhmer in verschiedenstem Sinne verwendet worden.

84) Auch hier natürlich die Konstruktion: necem eventualiter voluit. Übrigens entgeht es Böhmer nicht, dafs der Jurist gerade in dieser Stelle mit dem Worte dolus den Begriff des animus directus verbindet; s. o. S. 87 f.

Viel entschiedener als Carpzov betont Böhmer die Vorschriften der *Carolina; der Unterschied, den Art. 137 zwischen Mördern und Totschlägern aufstellt, beruht nach ihm auf dem Gegensatze von dolus directus und d. indirectus*[85]. Die wichtige Stelle mag unverkürzt wiedergegeben werden:

Notabilis est art. CXXXVII CCC hunc in modum conceptus: *Daſs ein muthwilliger Mörder mit dem Rade, der aber einen Todtschlag aus Jähheit und Zorn gethan, mit dem Schwerdt vom Leben zum Tode gestraffet werden soll.* Verba priora ad animum *directum*, posteriora ad *indirectum* pertinent, qui homicidiis in rixa susceptis proprius, ubi plerumque voluntas primario ad laesionem, raro ad necem tantum dirigitur[86]. Et quid dicam de *expositione infantum*,[87] quae rarissime primario *necis*, sed ordinarie declinandae *educationis* onerosae et conservandae *existimationis* caussa fit per art. CXXXII C.C.C. *um daſs sie des abkomme,* et tamen morte infantis secuta incidit in homicidium indirecto animo commissum, *capite* puniendum, si *tempore* et *loco* vitae partus inimico expositio suscepta. Sic enim simpliciter et absolute edicit imperator: *Stürbe aber das Kind, so soll die Mutter nach Gelegenheit des gefährlichen Hinlegens, an Leib oder Leben gestrafft werden.* Omnium evidentissime rem inculcat art. CXLVIII. C.C.C. in quo distincte uterque animus depingitur, utrobique vero poena, quae non nisi *dolo* propria, definitur. Verba sunt: *So etliche Personen mit fürgesetzten und vereinigten Willen und Muth jemand böslich zu ermorden einander Hülf und Beystand thun, derselben Thäter alle haben das Leben verwürckt.* Hactenus de animo directo: sequitur indirectus, subitaneis concertationibus, vulgo: *Rencontre* proprius, quarum finis ad vulnerandum adversarium principaliter; sed ex qualitate facti dubii eventus, simul indirecte ad necandum tendit: *So aber etliche Personen ungeschickts in einem Schlagen oder Gefecht bey einander wären,* etc.[88]

Dieser dolus indirectus gilt aber, ganz wie bei Carpzov, nur für das homicidium *simplex*; die qualificierten Tötungen erfordern dolus directus. Der innere Widerspruch ist geblieben, wenn auch Böhmer sich über ihn mit mehr Eleganz hinwegsetzt.

---

85) Näher erläutert zu Art. 137 CCC § 4: Etsi omne qualificatum animo directo constet, non tamen hic illud necessario infert, nec ei tantum proprius est. So liege bei Tötung mit animus directus im Duell einfacher Totschlag vor.

86) Man beachte die Begründung!

87) In bezug auf die Aussetzung hat B. später seine Ansicht teilweise geändert; s. zu Art. 132 CCC § 4ff.

88) Der Gedankengang ist also folgender: Da bei Tötung in Jäheit und Zorn (s. o.) und gelegentlich eines plötzlichen Auflaufes der dolus indirectus (angeblich) die gewöhnliche Schuldform ist, so erscheint durch die Art. 137 u. 148 CCC der dolus indirectus geregelt. So unrichtig diese Interpretation ist, so darf sie doch nicht mit der Carpzovs (s. o. S. 168, Anm. 66) auf eine Stufe gestellt werden.

Nachdem Böhmer derart das Wesen des dolus indirectus klargestellt hat, entwickelt er seine Merkmale; in dieser Beziehung befriedigt ihn Carpzov am wenigsten. Der Satz: „qui in re illicita versatur, tenetur de omni eventu“ erscheint unserem Autor vag und unbestimmt[89]; und auf die Abgrenzung des *indirekt-dolosen* von dem blofs *kulposen*[90]) homicidium müsse entsprechende Sorgfalt verwendet werden, damit die festgestellten Merkmale dem Begriffe des Dolus entsprechen.

Die Requisite des dolus indirectus, die ich allen jenen zur besonderen Beachtung empfehle, die heute — in Deutschland nicht minder wie in Österreich — über Fälle von dolus indirectus zu urteilen haben, sind folgende:

I. Ein *exercitium rei illicitae.* Dieses Erfordernis hat bei Böhmer gar keinen Sinn mehr; weder mit der eventuellen Einwilligung in den weitergehenden Erfolg, noch mit der Beweisfrage hat es irgend einen Zusammenhang; es ist reiner historischer Ballast.[91]) Wenn Böhmer trotzdem daran festhält, ja sogar verlangt, der actus müsse *per se et absolute* illicitus sein, so erklärt sich dies nur aus seiner Tendenz nach möglichster Einschränkung des dolus indirectus.[92])

II. Ein gegen den Verletzten gerichteter *animus laedendi vel nocendi*: mit Leyser läfst der Autor auch die blofse Absicht der Zufügung einer Injurie ausreichen. Huic laesioni intentae *dolum generalem* inesse res ipsa loquitur, *specialis* vero ad occidendum simul eventualiter tendens, si reliqua momenta postea exponenda concurrunt, cohaerere potest. Ausschlaggebend ist dieser letztere dolus eventualis specialis; damit er angenommen werden könne, *mufs der Thäter den Erfolg wirklich vorausgesehen haben:* Non enim sufficit *cogitare debuisse*,[93]) quod si factum non fuerit, culpam infert (!), nisi *verisimilis cogitationis actualis,* quae dolum arguit argumenta concurrant.

III. Erwiesener Hafs des Thäters gegen das Opfer, odium contra laesum conceptum. Böhmer bringt das Beispiel eines Soldaten, der

---

89) Hier ist der direkte Einflufs Leysers zu konstatieren.

90) Man übersehe nicht, dafs beide für Böhmer in die gemeinschaftliche Kategorie des animus indirectus fallen.

91) Der dolus eventualis der modernen Doktrin unterscheidet sich von Böhmers dolus indirectus s. eventualis hauptsächlich durch den Mangel dieses Requisites.

92) Zu Art. 137 CCC § 6 gibt B. folgende sonderbare Begründung: Tantum vero abest, ut in re licita, etiam somniando, quis necis cogitationes in mente volvere possit, ut potius, quae hic intercedit pugna naturalis, ad excludendum dolum efficax sit.

93) So die Italiener und noch Carpzov, wohl mit Rücksicht auf die Beweiserleichterung. Es ist leichter zu behaupten: das hast du voraussehen müssen, als: das hast du wirklich vorausgesehen. Böhmer stellt den zu Grunde liegenden Gedanken unverfälscht durch diese Rücksicht dar, was er um so eher thun konnte, als er ja in Sachen des Indizienbeweises nicht so ängstlich war, wie seine Zeitgenossen.

in derb-freundschaftlicher Balgerei einen Dritten mit der Waffe leicht verwunden, „kitzeln“ will, und ihn wider Willen tötet; hier liege kein dolus indirectus vor. — Dieses Requisit ist offenbar dem jus divinum nachgebildet (s. o. S. 48). Es ist ein reiner *Beweissatz* und hat mit der materiell-rechtlichen Frage nichts zu thun, wie die Begründung zeigt: Fatentur jurisconsulti praesumtionem animi occidendi exclusivam pro eo militare, qui cum occiso nullam antea habuit inimicitiam.

IV. Der Verletzer darf nicht von dem Verletzten derart provociert worden sein, dafs die von ihm beabsichtigte Verletzung durch die ihm selbst zugefügte Injurie gerechtfertigt und gegen dieselbe kompensierbar wäre. Eine weitere, aus reinen Billigkeitsgründen hergeleitete Einschränkung.

V. Tandem quinto praeter allegata momenta qualitatem laesionis, vel facti illiciti, ex quo alter succubuit, nosse oportet. Sunt enim facta, unde mors alterius *necessario*, et absolute producitur; sunt quoque quae *plerumque* mors comitatur, vel saltem *aeque facile* comitari, quam non comitari solet; sunt denique, quae nonnunquam, licet rarius et sic per accidens, lethum adferunt, frequentius laesionem non lethalem conciliant. Der Erfolg mufs also aus der Handlung „gemeiniglich“ oder doch eben so leicht, als der minder schwere Erfolg hervorgehen.[94])

Alle diese mehr oder minder richtigen Einzelheiten übertönt der fortwährend als Leitmotiv wiederkehrende Gedanke, dafs es sich bei dem dolus indirectus wesentlich um ein eventuelles Wollen, um einen Konsens in den als wahrscheinlich oder leicht möglich vorausgesehenen Erfolg handle.

Fast mehr noch als die Arbeiten Böhmers hatte in unserer Frage eine Dissertation Einflufs, die unter dem Vorsitze des angesehenen Naturrechtslehrers Daniel Nettelbladt von dem Kandidaten Christ. Georg. Eberh. Glaentzer verteidigt wurde.[95]) Der grofse litterarische Erfolg dieser Arbeit beruht vorwiegend darauf, dafs sie dem Zuge der Zeit entsprechend das Naturrecht, die Rechtsphilosophie, durchaus in den Vordergrund stellt.[96]) Wie Covarruvias aus dem Hauptwerke des Thomas von Aquino, so holt der Verfasser dieser Dissertation aus der Philosophia practica universalis des damals sehr hoch ge-

94) Ich mache schon hier auf § 1 des österr. St.-G. aufmerksam.

95) Ich habe bereits darauf verwiesen, dafs diese Hallenser Dissertation dem Hauptwerke Böhmers zeitlich voranging.

96) Über das Verhältnis von Naturrecht und positivem Recht im 18. Jahrh. gibt Löning l. c. gute Auskunft. Kritik des geltenden Rechtes und Vorschläge zu dessen Besserung mufsten sich in das Gewand von Naturrecht und Philosophie kleiden, um bei der völligen Stagnation der Gesetzgebung zur Geltung zu gelangen. Dabei wurde die Grenze von Rechtswissenschaft und Rechtspolitik völlig verwischt.

schätzten Chr. Wolf[97]) sein philosophisches Rüstzeug, das — nach meinem Urteile dürftig genug — der Juristenwelt seiner Zeit gewaltig imponierte.[98])

Wolf selbst behandelt die Imputationslehre sehr ausführlich im ersten Bande des genannten Werkes. Er kennt offenbar die herrschende Lehre vom dolus indirectus recht gut und pafst sie in sein System ein; von Wichtigkeit für uns sind folgende Sätze:

§ 616. Agens *intendere* dicitur id, propter quod agit. Unde intentio agentis est volitio ejus, propter quod agit, seu volitio qua vult, ut fiat id, vel non fiat, propter quod agit.

Diese Bestimmung der „*Absicht*“ ist in der nachfolgenden juristischen Litteratur sehr geläufig geworden.

§ 621. Intentio *directa* est, qua id intenditur, propter quod agens agit. *Indirecta* vero intentio est, qua quidem agens per se non vult, quod ex actione ipsius sequitur, *quod tamen perinde, ac id, quod vult, ex eadem sequi potest.* Beispiel: direkte Absicht auf Verwundung, indirekte auf Tötung.

§ 622. Finis directe intenditur, sed quod indirecte intenditur, finis non est.

Wem die ersten Anfänge der Logik nicht ganz fremd sind, der mufs sofort bemerken, dafs die „intentio indirecta“ nicht unter den Begriff von Wolfs „intentio“ fällt; denn sie unterscheidet sich ja gerade dadurch von der intentio directa, dafs der Erfolg weder für sich, noch als Mittel, bezweckt ist. Aber der Autor *braucht* diese Unterscheidung, da er die praktische Bedeutung der unter die intentio indirecta gehörigen Fälle richtig fühlt und dieselben nun auch irgendwie konstruieren mufs. Darum schlägt er etwaige Zweifel durch folgende Erwägung aus dem Felde:

§ 624. Quod quis vult indirecte, id vere vult.... Quamobrem quod quis vult indirecte, idem *non aversatur*: si enim aversaretur, non posset edere actionem, unde eadem facilitate sequitur, quam alterum, quod fieri mallet. Qui quid non aversatur, ubi aut appetere aut aversari debet, it utique appetere debet. Patet itaque quod quis vult indirecte, id eundem vere velle.

Das ist wieder ein Stück Mufspsychologie. Der Thäter „mufs“ im gegebenen Falle den Erfolg entweder anstreben oder ihm widerstreben. Alles Weitere ist dann logisch richtig gefolgert. Aber dieses Dilemma ist erstens ganz falsch; es gibt noch ein tertium: der Erfolg war dem Thäter gleichgiltig. Zweitens ist es möglich, dafs ich einem Erfolge

97) Über das Verhältnis des Buches von Engelhard zu Wolfs Philosophie s. die cit. Abh. von Reinhard Frank.

98) Bezeichnend der Irrtum Feuerbachs, der Nettelbladt für den „Erfinder“ des dolus indirectus hielt. Lehrb. 7. Aufl. § 59 Note b. Ebenso Gönner, Revision, 14 f.

widerstrebe, ohne dafs dieses Widerstreben im Kampfe der Motive den Ausschlag gibt. Z. B. ich will meine Schiefskunst zeigen und dem X die Pfeife aus dem Munde wegschiefsen. Ich wiederstrebe seiner Tötung, aber andere Motive überwiegen, und ich vollziehe die Handlung. Mufs sich jetzt, wenn ich den X treffe, das aversari in ein appetere verwandelt haben?

Auf dieser Basis nun baut sich die Nettelbladt-Glaentzersche Dissertation auf.[99]) Sie fafst den dolus als rein materiellrechtlichen Begriff. Schärfer als Wolf betont sie, dafs der Thäter subjektiv den Erfolg habe vorhersehen müssen; si vero hoc possibile esse ignoravit, *sive facile scire potuit, sive non, ut et sive scire debuit, sive non nunquam homicidium est homicidium ex intentione indirecta commissum.... Ast non scire quae scire debemus et possumus, culpa est*[100]). (§ 21.) Allerdings läfst er ganz verständig dieses Wissen durch Indicien beweisen: si nemo qui sensum communem habet, ignorat ex facto vel non facto ex quo homicidium ortum illud facile oriri potuisse, non opus est ulteriori inquisitione (§ 34).

Ferner verlangt die Dissertation, ähnlich wie später Böhmer, zum mindesten einen animus nocendi laedendique (Anschlufs an Leyser): de eo vero, qui ne quidem nocere voluit, dici nequit, quod voluerit occidere. (§ 20.) Auch hier steht die historische Reminiscenz im Widerspruche mit der psychologischen Begründung (in der Diss. § 13, ungefähr wie Wolf, § 624).

Der § 22 fafst die sämtlichen Merkmale zusammen: Requisita ad homicidium ex intentione indirecta commissum neccessaria sunt 1. homicidium ex facto quodam vel non facto nostro sponte admisso *per se* esse sequutum[101]); 2. agentem animum nocendi habuisse; 3. directe eum non intendisse mortem; 4. ex facto vel non facto suo homicidium *aeque facile* sequi potuisse ac id, quod directe intendit, *eumque hoc scivisse.*

Der gradus doli ist bei dem indirekten Dolus geringer, als bei dem direkten; vgl. Wolf § 626: intentio directa magis libera est, quam indirecta. Infolgedessen soll eine poena mitior verhängt werden, die nicht gerade poena capitalis sein mufs.

Nachdem so die Dissertation naturrechtlich und wie sie glaubt voraussetzungslos das Wesen des dolus indirectus erforscht hat, geht sie daran, das positive Recht zu untersuchen. Der Verfasser ist so

99) Vorher schon hatte Engelhard, l. c. §§ 41, 237, 252 wesentlich im Anschlusse an Wolf die Verbrechen aus „*uneigentlichem*" Vorsatze behandelt.

100) Ich gestatte mir, unsere heutigen Kriminalisten wiederholt zu Vergleichen mit der Gegenwart aufzufordern, und hoffe, dafs den Einsichtigeren die Schamröte ins Gesicht steigen wird.

101) Das ist nur das der damaligen Anschauung entsprechende Erfordernis des Kausalzusammenhanges; vgl. § 23 der Diss.

ehrlich und verständig, einzugestehen, dafs seine Unterscheidung nec quoad rem ipsam, nec quoad verba, in iure Romano occurrirt, und widerlegt die falsche Interpretation einiger der herkömmlichen „Belegstellen“; aber wenn auch die Einteilung in dem römischen Rechte nicht enthalten sei, huic juri tamen non est contraria divisio; und da das Gesetz nicht unterscheide, so dürfen wir auch nicht unterscheiden; daher müsse der römische Dolus auch den indirekten Dolus umfassen (§ 35f.). Welch letzteres natürlich sehr thöricht ist.[102])

In Bezug auf die CCC schliefst sich die Dissertation (§ 41) der bereits früher von Engelhard (§ 237) vertretenen Ansicht an, dafs in ihr Mord und Totschlag sich durch direkten und indirekten Dolus unterscheiden.

Die durch Leyser, Böhmer und Nettelbladt-Gläntzer vertretene Theorie war gegen Ende des 18. Jahrhunderts herrschend; die durch eine später zu würdigende Arbeit Christianis inaugurierte Kritik hatte zunächst keinen Erfolg.

Von den Vertretern des dolus indirectus wären noch etwa die folgenden zu nennen. Eschenbach schliefst sich am nächsten an Carpzov an; er hält an dem älteren Begriffe des dolus indirectus fest, und ist gegen die Identificierung desselben mit dolus eventualis: qui enim *eventualiter* caedem alterius in votis habuit, *directum* occidendi animum habet, non indirectum: hic tantum adest, si praeter omnem intentionem mors sequatur.[103]) Das gröfste Gewicht legt er auf den durch den dolus indirectus gebotenen praktischen Vorteil der *Beweiserleichterung*. (S. 76 f.)

Darauf hatte schon früher die Stein-Balcke'sche Dissertation den Hauptton gelegt; noch energischer that dies Pez von Lichtenhof in seiner oft citierten Abhandlung de infanticidio doloso per indirectum probato; nach ihm dreht sich die ganze Frage des dolus indirectus s. eventualis um den Beweis; er kommt zu dem Resultate: ein homicidium dolosum animo directo commissum liege vor, ubi de animo occidendi ex ipsa rei confessione constat; ein homicidium dolosum animo indirecto commissum: ubi ex facto plene probato omnibusque illius circumstantiis animus occidendi per ratiocinium eruitur (S. 15).[104]) Vgl. o. S. 157f.

---

102) Christiani in der citierten Abh. S. 13ff. hat diesen Widerspruch treffend hervorgehoben.

103) L. c. p. 71. Ähnlich Kleinschrod, Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts, 2. Aufl. Erlangen 1799, im § 23, jedoch im Widerspruch zu § 18; überhaupt herrscht in K.'s Schuldlehre die gröfste Verworrenheit.

104) Vgl. noch Gönner, Revision, 13f., 16f., 21f., 36f. Im übrigen folgt G. durchaus der Nettelbladt'schen Theorie.

Im ganzen und grofsen stehen auf dem Boden der herrschenden Lehre die Arbeiten von Steinmetz, v. Hoff, Persch, ferner Georg Jacob Friedrich Meister[105]), bei welchem die Identität von dolus indirectus und dolus eventualis zu besonders klarem Ausdruck gelangt. Eine besondere Erwähnung mag schliefslich hier noch Robert finden, dessen dolus indirectus den schwereren Fällen der Wissentlichkeit ganz entspricht, und das Requisit des versari in re illicita bereits fallen gelassen hat: „Ich glaube demnach, die *intentio directa (s. directiva)* sei diejenige zum voraus gesehene Wirkung, *welche uns bestimmt,* vielmehr diese als eine andere Handlung zu ihrer Herbeiführung zu wählen, hingegen diejenige eine indirekte Absicht *(intentio indirecta seu non directiva)*, welche wir bei einer Handlung, die um einer anderen Wirkung willen gewählt worden, *gleichfalls als möglich zum voraus sehen*, ohne dafs sie uns zur Wahl dieser Handlung bestimmt hat" (S. 16 der „Beyträge"). Im Anschlusse an Wolf-Nettelbladt definiert er also die intentio directa durch eine Beziehung auf das Motiv der Handlung; daher die historisch falsche Bezeichnung: intentio directiva. Von der intentio indirecta getraut er sich nicht mehr auszusagen, dafs sie eine vera voluntas sei; immerhin aber könne man nicht behaupten, „dafs die Wirkung *ohne oder gegen unsern Willen*" entstehe; eine ebenso vorsichtige als schwächliche Auskunft.

In der gesamten Litteratur herrschte gegen Ende des 18. Jahrhunderts so ziemlich Einigkeit darüber, dafs der dolus indirectus aus dem positiven Rechte nicht belegt werden könne, sondern eine Errungenschaft des Naturrechts sei. Nicht ganz mit Unrecht: war er doch auf Grund praktischer, wenn man will „natürlicher" Bedürfnisse wider das klare römische Recht durch die Jurisprudenz geschaffen worden. Ferner war man darüber einig, dafs der dolus indirectus gegenüber dem dolus directus einen geringeren Schuldgrad bezeichne.[106])

---

105) Ausführlich in seinen „Praktischen Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte" II, Göttingen, 1795, p. 234 ff.

106) Über die Anwendung der Lehre vom dolus indirectus s. Kleins Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preufsischen Staaten III, p. 1 ff., 51 ff.; IV, p. 70; IX, 352 ff. und bes. das sehr ausführliche und interessante Gutachten eod. XII. 173 ff.

## § 9.

# Das österreichische Recht von der Theresiana bis zur Gegenwart.

**Litteratur.**

Banniza, s. o. zu § 8. Bratsch, Commentar zu Ferdinand III. peinl. Landgerichtsordnung. Wien 1751. Feldner, Das Verbrechen des Zweikampfes; in Gellers österr. Centralblatt f. d. jurist. Praxis IV (1886) p. 665 ff. Finger, Der dolus indirectus im Lichte der oberstgerichtlichen Rechtsprechung; Gellers Centralblatt V (1887) p. 129 ff. — Das österreichische Strafrecht. 1891. — Das Strafrecht; aus Heymanns Compendien des österr. Rechtes. I, 1894; II, 1895. Geyer, Zur Lehre von dem dolus indirectus nach österr. R. Allg. öst. Gerichts-Zeitung, 1858. No. 19, 20. — Erörterungen über den allgemeinen Thatbestand der Verbrechen nach österr. Recht. 1862. Glaser, Über die Stellung des österreichischen Strafgesetzes gegenüber der Lehre vom indirekten Vorsatz. Haimerls Magazin XI, 305 ff. Citiert nach „Gesammelte kleinere jurist. Schriften", I, 2. Aufl. 1883. — Zur Geschichte der Abgrenzung der Begriffe von Mord und Todtschlag im österreichischen Strafrecht. Allg. österr. Gerichtszeitung, 1879, Nr. 27 ff. Citiert nach dem Abdruck in den „kleineren Schriften". Herbst, Die grundsätzlichen Entscheidungen des k. k. obersten Gerichts- und Cassationshofes. 1853. — Handb. des allgem. österr. Strafrechtes I. 7. Aufl. 1882. Hiller in der „Strafgesetzgebung der Gegenwart", I. v. Hye-Glunek, Die leitenden Grundsätze der österreichischen Strafprocessordnung vom 29. Juni 1853. Wien 1854. — Das österreichische Strafgesetz I, 1855. Janka, Das österr. Strafrecht. 3. Aufl., herausg. v. Rulf. 1894. Jenull, Das österreichische Criminalrecht, 3. Aufl. 1847. Kitka, Ausführliche Erörterungen über den im § 1. St.-G. I. Th. festgestellten Begriff u.s.w.; in „der Jurist", 1842, Bd. VII. p. 42 ff.; vgl. denselben im N. Archiv d. Criminalr. 1835. S. 241 ff. Mayr-Oetzenassek, Assertiones juridicae de dolo. Wiener Diss. 1702. Plenarbeschlüsse und Entscheidungen des k. k. Cassationshofes; veröffentl. von der Redaction der a. ö. Gerichtszeitung. (Die Entscheidungen sind fortlaufend numeriert.) Seit 1876. Rulf, Über den indirekten bösen Vorsatz nach § 1 des St.G.B. Haimerls Magazin für Rechts- und Staatswissenschaft, IX (1854), 316 ff. Sammlung strafrechtlicher Entscheidungen des k. k. obersten Gerichts- und Cassationshofes; auf Veranstaltung von Glaser herausgeg. v. Adler, Krall, v. Walther. 1873. Sentz, Die legislative Behandlung des dolus etc. Haimerls Magazin, XIV, 23 ff. Stählin, „Ob beym Verbrechen des Todtschlages ein Versuch möglich ist? Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrsamkeit und polit. Gesetzkunde 1840. II. Bd. 315 ff. Zeiller, Jährlicher Beytrag zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft in den österreichischen Erbstaaten. I, 1806. — Ueber den bösen Vorsatz nach dem österr. Gesetzb. etc. in Pratobeveras „Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege in den österreichischen Staaten" VIII (1824).

Die Vorgeschichte des geltenden österreichischen Strafrechtes ist von besonderer Wichtigkeit, weil sie geeignet ist, viele herrschende Irrtümer über das geltende Recht in einer jeden Zweifel ausschliefsenden Weise zu widerlegen. Ich möchte aber gleich hier mit aller Eindringlichkeit darauf hinweisen, dafs für meine mit der herrschenden Lehre im Widerspruch stehenden Ansichten weder ausschliefslich noch vorwiegend das historische Argument spricht, dafs vielmehr der Ge-

setzestext klar und deutlich, jedes Misſverständnis ausschlieſsend, für sie streitet.

In Österreich machen sich die gleichen treibenden Kräfte, die gleichen Bedürfnisse geltend, wie auf dem Boden des heutigen deutschen Reiches. Wir haben bereits gesehen, daſs der Erfolg in den älteren österreichischen Satzungen eine ganz andere Bedeutung hat, als im römischen Rechte. Und ebenso hat das österreichische Recht mit den grössten Beweisschwierigkeiten zu kämpfen.

In der Beweislehre steht die ältere österreichische Gesetzgebung ganz auf dem Boden der gemeinrechtlichen Doktrin. [1]) Insbesondere verwirft sie den für den Beweis der Schuld fast unentbehrlichen Indizienbeweis.

CCTh Art. 34 § 2. In Betreff der vorbemeldt-ersten Beweisungsart, da lassen Wir es bey dem in Unseren Erblanden bishero üblich gewesten Grundsatz fernershin bewenden, daſs nämlich in peinlichen Fällen, die an Leib, und Leben gehen, oder eine dem Tod gleichende Bestraffung nach sich ziehen, Niemand aus alleinigen Vermuthungen, und Anzeigungen, sie seyen so stark, und heftig, als sie immer wollen, zum Tod, oder einer dem Tod gleich zu achtenden Straffe verurtheilet werden könne. Welchen Falls jedoch gestalten Sachen nach zur Tortur, oder da etwann dieselbe den Umständen nach nicht Platz greiffen könnte, zu einer ausserordentlichen Strafferkanntnuſs fürgeschritten werden mag. [2])

Es geschah daher infolge einer ganz naturgemäſsen Entwicklung, daſs die Theresiana auch die zu ihrer Zeit im gemeinen Recht gängige Schuldlehre sich vollständig aneignete. [3])

Sie unterscheidet bereits in ihrem *allgemeinen* Theile, Art. 3, die dolose und kulpose Begehung von Verbrechen. Über den Dolus heiſst es daselbst unter der lateinischen Marginalrubrik „Animus et voluntas delinquendi *directa* vel *indirecta*“:

§ 2. Vorsatz und böser Wille kann gerad, und unmittelbar, oder

1) Ferdinand III, Neue peinliche Landtgerichtsordnung in Oesterreich unter der Enns v. 30. Dez. 1656 (Vorbild der Const. Crim. Theresiana), Art. 14, 15, 17, 19, 23, 33, 35, 37, 39 (Tortur höchstens dreimal), 40, 42 (§ 6: Keine Verurteilung auf Grund von noch so starken Vermutungen). Joseph I, Neue peinliche Halsgerichtsordnung vor das Königreich Boeheim etc. v. 16. Juli 1707, Art. 13, 16. Bratsch, p. 76f., 81ff., 85, 89 (Wirkungslosigkeit der Tortur, auf welche die Verbrecher sich geradezu zu verlassen scheinen) 99ff.; Banniza, 110ff., 156ff. Die CCTh. Art. 27, 30, 34, 38.

2) Über die weitere Entwicklung s. vorläufig Glaser, Beweis, p. 9, Anm. 11, p. 116 A. 27.

3) Mit Rücksicht auf diesen Umstand kann auf die Darstellung der vorhergehenden Gesetze verzichtet werden. Erwähnenswert wäre etwa die Ferdinandea, Art. 62, „Vom Todtschlag, Verwundt und anderen thätlichen Handlungen.“

nur mittelbar, und in der Folge auf eine geschehene Uebelthat gerichtet seyn. Ersteres, wenn man die Uebelthat, welche geschieht, eigends auszuüben vorhabens ist; letzteres aber, wenn man zwar die Uebelthat, so hernach erfolget, eigends zu begehen nicht gesinnet ist, jedoch in dem bösen Vorsatze Schaden zu thun, etwas unternimmt, woraus solche Uebelthat gemeiniglich zu erfolgen pfleget, oder leicht erfolgen kann. Zum Beyspiel: wenn wer den andern lediglich zu verwunden vorhätte, in dieser Absicht auf ihn schöfse, und durch solchen Schufs denselben tödtete. In beyden Fällen wird die Missethat, es sey sodann solche aus mittel- oder unmittelbarem bösen Willen entsprungen, dem Thäter zugerechnet, und ist *insgemein* mit gleicher Straffe zu belegen.

Es ergibt sich also sowohl aus der Stellung dieses Paragraphen im Systeme des Gesetzes, als auch aus den letzten Worten desselben, dafs der indirekte Dolus allgemein Anwendung finden soll; das Tötungsdelikt ist nur ein Beispiel.

Gelegentlich der Entleibungen kommt das Gesetz unter ausdrücklicher Beziehung auf diese allgemeine Vorschrift wieder auf die Frage des indirekten Dolus zurück.

Art. 83, § 3. Bey der ersten, und hauptsächlichen Gattung der Entleibung, wo Willen, und gefährliches Gemüth zur Ertödtung erforderet wird, kommet es nicht eben darauf an, dafs der Fürsatz, Jemanden umzubringen, einige Zeit vor dem Angriff, und vor der Thathandlung vorhergegangen seye, oder dafs der Todschläger den Tod des Entleibten vorbedächtlich und eigends gewollet habe. Dann, wenn auch die Entleibung von ungefehr aus Zorn, und Gähheit entstünde, so ist es schon genug an dem, dafs der Entleiber entweder mit tödtlichen Waffen, oder sonst was gegen seinen Gegner boshaft, und gefährlicher Weise unternommen habe, woraus gemeiniglich der Tod zu erfolgen pfleget, oder leicht erfolgen kann, somit dessen böser Willen, wo nicht gerad, und unmittelbar, jedoch mittelbar, und in der Folge auf die hernach beschehene Entleibung gerichtet gewesen seye: wie Wir bereits oben Art. 3, § 2 überhaupt erkläret haben, dafs die aus mittel- oder unmittelbaren bösen Willen entspringende Missethaten dem Thäter zuzurechnen, und insgemein mit gleicher Straffe zu belegen seyen.[4]) Weswegen also die gemeine Entschuldigung fast eines jeglichen Todschlägers, dafs er den Entleibten nicht umbringen, sondern nur verwunden, oder ihme sonst einen am Leben unschädlichen Streich habe beybringen, oder nur schrecken wollen, insgemein für ungegründet, und unstatthaft

---

4) Auch dieser Satz beweist, dafs die Vorschrift des Art. 3, § 2 für alle Delikte gelten soll. Ich lege darauf Gewicht, weil diese Frage für das heutige Recht von Bedeutung ist; s. u.

zu halten, und ohne klaren Beweis, oder gar augenscheinlichen Wahrzeichen, und Rechtsbehelffen zu Enthebung von der ausgesetzt-ordentlichen Todesstraffe nicht anzunehmen ist.

Der aufmerksame Leser wird bereits erkannt haben, daſs diese gesetzlichen Bestimmungen den Stand der gemeinrechtlichen Wissenschaft gegen die Mitte des 18. Jahrhunderts mit überraschender Treue wiedergeben; selbst die übliche Verquickung des dolus indirectus mit dem impetus ist beibehalten. Ebenso findet sich die Zwitternatur dieser Schuldform: einerseits der materiellrechtliche Begriff eines bösen Willens, der mittelbar und in der Folge auf die Entleibung gerichtet ist, unter vorbehaltloser Annahme der zu Grunde liegenden psychologischen Theoreme und der von der Doktrin aufgestellten Requisite.[5]) Anderseits die innige Verknüpfung mit der Beweisfrage, die gegen Ende der letzteren Stelle beherrschend hervortritt. Hier schlieſst sich das Gesetz in unheilbarem Widerspruche mit seinem unmittelbar vorhergehenden Teile denjenigen Theoretikern an, die in dem ganzen dolus indirectus nichts als einen dolus praesumtus s. indirecte probatus erblicken;[6]) es läſst ausdrücklich den Gegenbeweis wider diese praesumtio doli — allerdings nur durch besonders kräftige Beweismittel — zu, und nimmt den Schluſs dieser Stelle wieder auf in § 14, wo es heiſst:

Lindernde Umstände, welcherwegen, wenn eine, oder mehrere derenselben zusammentreffen, und der Todschlag in anderweg nicht gar bös geartet ist, der Thäter nicht mit der Todes- sondern mit einer gemessen-willkührlichen Leibsstraffe zu belegen ist, sind ungefehr diese:

Erstlich: Wenn ein Todschlag ohne boshaften Fürsatz, und wider des Thäters willen beschichet, und ein solches sich klärlich darzeiget.

Es kann nicht unsere Aufgabe sein, diese widerspruchsvollen Bestimmungen durch interpretative Kunstgriffe zu vereinigen.

Über jeden Zweifel klar ist das Strafgesetz Joseph II. vom 13./I.

---

5) Das Erfordernis des wirklichen Bewuſsteins der Lage (‚eumque hoc scivisse‘) ergibt sich aus Art. 11 „von den Umständen, welche die That selbst verringeren, somit die Straffe milderen“. Daselbst heiſst es im § 9, daſs mit den ordentlichen Strafen nicht vorgegangen werden könne, wo es am Willen mangle, d. i. wo *Irrtum* oder *Unwissenheit* unterlaufe. „Irrthum enthebet von aller Straffe, wenn der Irrende *mit erlaubten Sachen umgehet,* und ihme der Irrung halber keine Schuld kann beygemessen werden. Wenn aber der Irrtum aus Schuld des Irrenden herrühret, so wird die Straffe nur gemildert; ausser es wäre die That, welche der Irrende vorgehabt, eben so sträfflich, oder noch sträfflicher gewesen, als jene, welche aus Irrthum wirklich von ihme begangen worden.“ Trotzdem also das Gesetz ganz zweifellos an das versari in re illicita denkt, läſst es, wenn der Erfolg aus einem *schuldhaften* Irrtum entstanden ist, die ordentliche Strafe nur dort eintreten, wo das beabsichtigte Übel mit dem entstandenen mindestens gleichwertig war. Das ist sehr wichtig für das richtige Verständnis von § 2 lit. e, f des geltenden Gesetzes.

6) Den gleichen Standpunkt teilt die umfangreiche Wiener Diss. Mayr-Otzenassek (1702), thesis 54 zu Note g. — Vgl. o. S. 157 f., 180.

1787. Dieses Gesetz regelt nur das materielle Strafrecht. In seinem ersten Kapitel „Von Kriminalverbrechen überhaupt" heifst es:

§ 2. Zu einem Kriminalverbrechen gehöret böser Vorsatz, und freyer Wille. Böser Vorsatz ist vorhanden, wenn vor, oder bei der gesetzwidrigen Unternehmung, oder Unterlassung das Uebel, so daraus folgt, überdacht, und beschlossen worden, folglich die gesetzwidrige Handlung eigens in der Absicht verübet worden, damit das Uebel erfolge.

§ 3. Böser Vorsatz fällt auch dann zur Schuld, wann zwar das wirklich erfolgte Uebel nicht eigens die Absicht der Handlung war, immer aber aus einer anderen bösen Absicht eine Handlung unternommen worden, woraus das Uebel gemeiniglich zu folgen pflegt, oder doch leicht folgen kann.

Das ist, ebenso wie in der Theresiana, als allgemeine Bestimmung gedacht. Die bekannte Präcision und Ökonomie dieses Gesetzes bringt es mit sich, dafs durch diese zwei Paragraphen die Schuldfrage ganz erledigt ist; bei dem Musterfalle des dolus indirectus, der Tötung (§ 90), kommt das Gesetz auch nicht mit einer Silbe darauf zurück und beschäftigt sich nur mehr mit dem objektiven Thatbestande. Ebenso ist von einer Verquickung mit dem Beweisrechte nicht die Spur übrig geblieben. Die Fassung der Paragraphen entspricht ganz genau ihrer Stellung an der Spitze eines materiellen Strafgesetzes. Auch die Strafprozefsordnung Josephs II. von 1788 enthält keine besondere Bestimmung über den Beweis des dolus, was jedenfalls eine fühlbare Lücke gewesen sein mufs.

Das Strafgesetzbuch für Westgalizien vom 17. Juni 1796, welches wieder materielles und Prozefsrecht, wenn auch in räumlicher Trennung, in sich vereinigt, enthält die gleichen Bestimmungen in der gleichen Allgemeinheit. In dem ersten Hauptstück des materiellrechtlichen Teiles: „Von Verbrechen überhaupt", heifst es daselbst:

§ 6. Zu einem Verbrechen wird böser Vorsatz und freier Wille erfordert.

§ 7. Böser Vorsatz fällt aber nicht nur dann zur Schuld, wann vor oder bei der Unternehmung oder Unterlassung das Uibel, welches daraus erfolget ist, gerade bedacht und beschlossen, sondern auch, wann aus einer andern bösen Absicht etwas unternommen, oder unterlassen worden, woraus gemeiniglich das Uibel zu erfolgen pflegt, oder doch leicht erfolgen kann.

§ 8. Hingegen wird die Handlung, oder Unterlassung nicht als Verbrechen angerechnet, wenn

a) das Uibel aus Unwissenheit, Nachlässigkeit, oder Zufalle entstanden.

Im besonderen Teile finden sich Beziehungen auf diese allgemeine Vorschrift. Die interessanteste derselben ist die folgende:

§ 110. Wer in der Absicht einen Menschen zu beschädigen auf solche Art handelt, dafs daraus der Tod desselben nothwendig[7]) erfolget, der macht sich des Kriminalverbrechens des Mordes schuldig.

§ 121. Der gemeine Mord, welcher nämlich in keine der bisher angeführten besonderen Gattungen einschlägt, ist nach folgendem Unterschiede zu beurtheilen:

a) wenn ohne Absicht zu tödten doch vorsätzlich eine Wunde zugefüget worden, die für sich tödtlich ist, und den Tod verursachet hat; soll zur Strafe harter Kerker von fünf bis zehn Jahren verhänget werden;

b) wenn die That mit dem Entschlufse zu tödten verübet worden; soll der Mörder mit zehn- bis zwanzigjährigem harten Kerker gestrafet werden.

Hierin ist deutlich zum Ausdrucke gebracht, dafs der Gesetzgeber nunmehr — im Anschlusse an die herrschende Meinung der gemeinrechtlichen Doktrin — den dolus indirectus als eine gegenüber dem direkten Vorsatze *minderwertige* Schuldform ansieht.

Im processualen Teile enthält das Gesetz eine Bestimmung über den Beweis des bösen Vorsatzes (§ 433), die wörtlich in das Gesetz von 1803 übergegangen ist und bei Besprechung desselben gewürdigt werden wird.

Das Strafgesetzbuch vom Jahre 1803 beruht durchaus auf der bisher dargestellten Entwicklung; es bringt ebenfalls an der Spitze der allgemeinen Vorschriften des materiellrechtlichen Teiles folgende Sätze:

§ 1. Zu einem Verbrechen wird böser Vorsatz erfordert. Böser Vorsatz aber fällt nicht nur dann zur Schuld, wann vor, oder bey der Unternehmung oder Unterlassung, das Uebel, welches mit dem Verbrechen verbunden ist, geradezu bedacht und beschlossen; sondern auch, wann aus einer andern bösen Absicht etwas unternommen, oder unterlassen worden, woraus das Uebel, welches dadurch entstanden ist, gemeiniglich erfolget, oder doch leicht erfolgen kann.

Ferner ist sogleich anzufügen:

Rubrik: Gründe, die den bösen Vorsatz ausschliefsen.

§ 2. *Daher* wird die Handlung oder Unterlassung nicht als Verbrechen zugerechnet:

a) . . . .

f) wenn ein solcher Irrtum mit unterlief, der ein Verbrechen in der Handlung nicht erkennen liefs;

---

7) Mit diesem Worte ist nur die damals herrschende Ansicht, dafs Letalität der Wunden zum objektiven Thatbestande des Tötungsdeliktes gehören, zum Ausdruck gebracht.

g) wenn das Uebel aus Zufall, Nachlässigkeit, oder Unwissenheit der Folgen entstanden ist.

§ 117. Wer gegen einen Menschen, mit dem Entschlusse ihn zu tödten, auf eine solche Art handelt, daſs dessen Tod daraus nothwendig erfolgt, macht sich des Verbrechens des Mordes schuldig.

§ 123. Wird die Handlung, wodurch ein Mensch um das Leben kommt, zwar nicht mit dem Entschlusse ihn zu tödten, aber doch in anderer feindseliger Absicht ausgeübet; so ist das Verbrechen ein Todtschlag.[8])

Andere Anspielungen auf den direkten Dolus finden sich in § 136 (Körperletzung), § 149 (Brandstiftung).

Das geltende Strafgesetz v. J. 1852, das bekanntlich nur eine revidierte Ausgabe des Gesetzes von 1803 sein will, schlieſst sich im § 1 bis auf eine nebensächliche stilistische Modifikation wörtlich an; § 2 lit. e, f entsprechen wörtlich dem früheren § 2 lit. f, g. Bei dem Tötungsdelikte wurde der „Entschluſs" durch die „Absicht" ersetzt[9]) und auſserdem eine der früheren entgegengesetzte Kausalitätstheorie[10]) kodificiert:

§ 134. Wer gegen einen Menschen, in der Absicht, ihn zu tödten, auf eine solche Art handelt, daſs daraus dessen oder eines anderen Menschen Tod erfolgte, macht sich des Verbrechens des Mordes schuldig; wenn auch dieser Erfolg nur vermöge der persönlichen Beschaffenheit des Verletzten, oder bloſs vermöge der zufälligen Umstände, unter welchen die Handlung verübt wurde, oder nur vermöge der zufällig hinzugekommenen Zwischen-Ursachen eingetreten ist, in soferne diese letzteren durch die Handlung selbst veranlaſst wurden.

§ 140. Wird die Handlung, wodurch ein Mensch um das Leben kommt (§ 134), zwar nicht in der Absicht ihn zu tödten, aber doch in anderer feindseliger Absicht ausgeübt, so ist das Verbrechen ein Todtschlag.

Vgl. §§ 152, 169.

Daneben enthielt das Strafgesetz vom Jahre 1803 in seinem *processualen* Teile folgenden vielcitierten Paragraphen:

§ 413. Wenn der Beschuldigte zwar die That eingesteht, aber den bösen Vorsatz läugnet; so ist darauf zu sehen, ob nach den sich aus der Untersuchung zeigenden Umständen die That sich plötzlich ereignet, oder der Thäter zur Vorbereitung derselben Mittel angewendet, Hindernisse zu entfernen gesucht habe. Im ersten Falle kann die Entschuldigung in so fern Statt haben, als das Uebel nach der natürlichen Ordnung der Dinge nicht schon nothwendig aus der Handlung entstehen

8) Zur Geschichte dieser Paragraphen ist zu vgl. Glaser, l. c.

9) Vgl. Glaser, l. c. 173.

10) Vgl. Finger, österr. Strafr. 15 ff.

mufste. Hat aber der Beschuldigte Gelegenheit und Mittel, die That auszuüben, vorbereitet; so ist er auch des bösen Vorsatzes für überwiesen zu halten; es sey denn, dafs aus der Untersuchung besondere Umstände hervorkommen, welche füglich eine andere Absicht erkennen lassen.

Es handelt sich vor allem darum, festzustellen, ob und inwieweit bei dem dolus indirectus des geltenden Rechtes das Element des *Dolusbeweises* im Spiele sei. Es scheint mir zweifellos, dafs dies seit dem Gesetzbuche Josephs II. gar nicht mehr der Fall ist. Dafür spricht der präzise Ausdruck: Böser Vorsatz *fällt zur Schuld;* dafür die Stellung des Paragraphen im materiellrechtlichen Teile des Gesetzes; dafür geradezu auch der Umstand, dafs im prozessualen Teile des Gesetzes von 1803 für den Beweis des Dolus eine besondere Fürsorge getroffen war, und dafs dieser § 413 in seinen Voraussetzungen mit denen der zweiten Dolusform des § 1 *nicht* übereinstimmt; dafür schliefslich, dafs bei dem zweifellosen Hauptfalle des dolus indirectus, dem Totschlag, das Gesetz vor allem erklärt, Tötungsabsicht dürfe hier nicht vorliegen; das kann doch nicht eine Vermutung dieser Absicht bedeuten sollen![11])

Dagegen wurde, vorwiegend von älteren österreichischen Juristen, die Ansicht vertreten, der § 1 stelle in seinem zweiten Teile einen Beweissatz, eine praesumtio doli, auf. Ein geistiger Zusammenhang mit der älteren gemeinrechtlichen Entwicklung und der CCTh, wo in der That das Beweismoment bei dem dolus indirectus eine so grofse Rolle gespielt hat, dürfte wohl vorhanden gewesen sein; doch waren sich die Autoren desselben nicht bewufst, wie denn überhaupt die ganze naturrechtlich imprägnierte Schule des Strafrechts in der ersten Hälfte unseres Jahrhunderts nicht eben durch historische Kenntnisse glänzte. Treibendes Motiv für die Anhänger dieser Richtung war das Bestreben, den dolus indirectus, der inzwischen — wie wir noch sehen werden — in der gemeinrechtlichen Theorie wenigstens dem Namen nach völlig abgewirtschaftet hatte, aus dem österreichischen Rechte zu verbannen.[12])

---

11) Dem modernen Leser läge es nahe, zu argumentieren: Wenn die Absicht vermutet wird, so mufs auch die Strafe die gleiche sein, wie wenn die Absicht feststände. Dieses Argument wäre falsch: die auf Grund von Vermutungen verhängte Strafe war nach gemeinrechtlicher Doktrin geringer, als die poena ordinaria; so noch die Strafprocefsordnung Joseph II., § 148; dieser Paragraph wurde zwar in das westgalizische St.-G. und in das St.-G. von 1803 nicht mehr aufgenommen, aber sein Princip ist nicht ganz überwunden und kehrt noch in der St.-P.-O. von 1853 wieder; vgl. Glaser, Beweis, 116, Anm. 27.

12) So sagt v. Hye, Grundsätze 294, mit verblüffender Offenheit „. . . und weil wir froh sein wollen und sollen, dafs der Text unseres späteren, sowie des heutigen Strafgesetzes zu gutem Glücke so gefafst ist, dafs man ihm die von der späteren Doktrin geschehene richtigere, und der Gerechtigkeit entsprechendere Auffassung des sog. dolus indirectus *unterlegen könne* (sic!), und dafs man daher nicht mehr auf die alte Carpzowische Ansicht zurückzukehren brauche.“

Diese Auffassung ist hauptsächlich durch die Arbeiten von Rulf und Glaser widerlegt worden;[13]) gegenwärtig ist es in Theorie und Praxis unbestritten, dafs der § 1 des Strafgesetzes ausschliefslich materiellrechtliche Bedeutung beansprucht. Über den Sinn seiner Bestimmungen sind freilich sehr verschiedenartige, und wie ich behaupte, durchaus unrichtige Ansichten im Schwange.

Ich werde mir gestatten, zunächst die Bedeutung der gesetzlichen Dolustheorie, wie ich sie verstehe, zu entwickeln, und dann erst auf die abweichenden Ansichten, die in der Litteratur wie in der Praxis vertreten werden, einzugehen.

Der § 1 normiert den Begriff des bösen Vorsatzes, der zu einem Verbrechen erfordert wird; und zwar stellt er im getreuen Anschlusse an die alte gemeinrechtliche Doktrin[14]) die Unterscheidung des direkten und indirekten Dolus auf. Für jeden unbefangenen Leser ist es sonnenklar, dafs beide Dolusarten bei jeder Art von Verbrechen Anwendung finden sollen; denn der Gesetzgeber spricht ohne jede Einschränkung, im allgemeinen Teile des Gesetzbuches: Böser Vorsatz fällt auch zur Schuld bei dolus indirectus.

In einigen Fällen erwähnt der Gesetzgeber den dolus indirectus besonders; das Hauptbeispiel ist das Tötungsdelikt: Tötung mit direktem Vorsatze ist Mord, Tötung mit indirektem Vorsatze ist Totschlag. Aus der weitaus geringen Bestrafung des Totschlages ist zu schliefsen, dafs der Gesetzgeber den indirekten Vorsatz als einen geringeren Schuldgrad auffafst; ganz im Sinne der älteren Doktrin. Darauf deutet auch die Fassung: Böser Vorsatz sei *auch* vorhanden, wenn u. s. w. Daraus folgt, dafs bei allen jenen Delikten, welche Begehung mit direktem und indirektem Vorsatze unter einen und denselben Strafrahmen zusammenfassen, der blofs indirekte Dolus als ein innerhalb dieses Strafrahmens zu berücksichtigender Milderungsgrund erscheint.[15])

Nicht mit Sicherheit zu entscheiden ist die Frage, ob der Gesetzgeber eine erschöpfende Definition des bösen Vorsatzes geben wollte; ist z. B. der dolus eventualis im modernen Sinne[16]) ausgeschlossen? Oder wollte der Gesetzgeber nur den Zweifel darüber ausschliefsen, dafs der indirekte Dolus in seinen Vorsatzbegriff falle? Die letztere

---

13) Das Nähere über diese Frage, die heute als abgethan gelten kann, s. u. im Anhang.

14) Es wäre ein leichtes, aus den Arbeiten Böhmers mit der Papierschere eine gute lateinische Übersetzung des § 1 herzustellen.

15) Es ist dies analog der Versuchsstrafe; in der Regel wird der Umstand, dafs es bei dem blofsen Versuche geblieben, innerhalb des normalen Strafrahmens als Milderungsgrund verwertet, §§ 8, 47a St.-G.; ausnahmsweise sind für den Versuch besondere, ermäfsigte Strafrahmen geschaffen, § 110, 138.

16) Dieser unterscheidet sich von dem dolus indirectus der Leyser, Böhmer, Nettelbladt nur durch den Wegfall des Erfordernisses des versari in re illicita.

Auffassung scheint mir dem Wortlaute des Gesetzes eher zu entsprechen. Jedenfalls aber müssen wir annehmen, dafs mit dem dolus indirectus die untere Grenze des Vorsatzbegriffes erreicht ist; eine Schuldform, die an innerem Schuldgehalt den dolus indirectus nicht erreicht, kann nicht mehr als Vorsatz betrachtet werden.

Es dürfte demnach nicht zu tadeln sein, wenn schwerere Fälle des dolus eventualis im modernen Sinne, (meiner „Wissentlichkeit",) noch als böser Vorsatz angerechnet werden, wie es in Litteratur und Praxis übereinstimmend geschieht. In dem Fallenlassen des ganz unverständigen und nur als historische Reminiscenz sich fortfristenden Erfordernisses des versari in re illicita ist eine berechtigte und durch das Gesetz nicht ausgeschlossene Fortentwicklung zu erblicken.

Die erste Dolusform verlangt, dafs der Thäter das Übel, welches mit dem Verbrechen verbunden ist, d. h. den Erfolg *geradezu* bedacht und beschlossen habe. Es ist kein Zweifel möglich, dafs damit der dolus directus specialis der alten Doktrin, der animus des römischen Rechtes, in meiner Terminologie die „Absicht" gemeint sei. Auch das Strafgesetz verwendet das Wort *Absicht* technisch in dieser Bedeutung, was sich am klarsten aus dem Wortlaute des § 140 ergibt: „Wird die Handlung, wodurch ein Mensch ums Leben kommt (§ 134) zwar *nicht in der Absicht, ihn zu töten*, aber doch in anderer feindseliger Absicht ausgeübt, so ist das Verbrechen ein Totschlag." [17]) Da hier zweifellos (indirekter) Tötungs*vorsatz* vorhanden sein mufs, so zeigt sich, dafs das Gesetz die Absicht in dem angegebenen Sinne als Unterart des Vorsatzbegriffes verwendet.

Überall dort, wo das Gesetz die Absicht im technischen Sinne verlangt, ist jede andere Schuldform strenge ausgeschlossen. Das ist insbesondere ganz gewifs dort der Fall, wo die vorsätzliche Beziehung eines Gattungsdeliktes in zwei Arten: absichtliche und indirekt vorsätzliche geschieden wird, wie dies bei der Tötung der Fall ist. Die Morddefinition des § 134: Wer gegen einen Menschen, *in der Absicht, ihn zu töten,* auf eine solche Art handelt, dafs daraus dessen oder eines anderen Menschen Tod erfolgte, wird daher durch keine dem dolus directus specialis gegenüber minderwertige Schuldform, insbesondere nicht durch den heute sog. dolus eventualis erfüllt. [18])

17) Ähnlich auch in § 1: „aus einer anderen bösen Absicht"; vgl. § 134. Die gleiche Ansicht vertritt Zeiller, in Pratobeveras Materialien l. c. §§ 6, 7.

18) Nachdem ich klargestellt habe, dafs der alte dolus indirectus wesentlich diejenigen Fälle treffen wollte, die wir heute als dolus eventualis bezeichnen, glaube ich es als absolut falsch bezeichnen zu können, wenn man den dolus eventualis unter den dolus directus des österreichischen Strafgesetzbuches subsumieren will; das letztere thun Geyer, Erörterungen, 6, und Finger, österr. Strafr. 25 f., Strafrecht, II, 9; ebenso Entsch. No. 1235 der Glaser'schen Slg., die sogar Mordversuch mit dolus indeterminatus annimmt.

Die zweite Dolusform entspricht genau dem dolus indirectus, wie er durch Böhmer und Nettelbladt-Gläntzer geschildert wird. Die Handlung oder Unterlassung mufs in böser Absicht unternommen worden sein, d. h. in Absicht auf eine strafbare Handlung: das ist das uns bekannte Requisit des versari in re illicita; in den §§ 140 (Totschlag) und 152 (Körperverletzung) ist diese Absicht als eine „feindselige" spezialisiert: animus nocendi vel laedendi.[19]) Die Abgrenzung jenes Grades von Wahrscheinlichkeit, mit welchem der Thäter den unbeabsichtigten Erfolg seiner Handlung vorausgesehen haben mufs, erfolgt recht glücklich durch die Worte: „woraus das Übel, welches dadurch entstanden ist, *gemeiniglich* erfolgt oder doch *leicht* erfolgen kann". Es ist in § 1 nicht ausdrücklich gesagt, dafs der Thäter diese Sachlage auch gekannt haben müsse („eumque hoc scivisse"). Nichtsdestoweniger kann es gar nicht bezweifelt werden, dafs auch dieses Merkmal[20]) des klassischen dolus indirectus der gleichen Schuldform des österreichischen Rechtes zukommt. Denn gleich im nächsten Paragraphen heifst es ja vom bösen Vorsatz schlechthin — nicht blofs vom direkten bösen Vorsatz (Absicht) — dafs er durch einen Irrtum, der ein Verbrechen in der Handlung nicht erkennen liefs, insbesondere aber: *wenn das Übel aus Unwissenheit der Folgen der Handlung entstanden ist*, ausgeschlossen sei. Dieses Erfordernis war also bei § 1 nicht besonders zu erwähnen.[21])

19) Der gutgemeinte Eifer der Juristen hat weitere Einschränkungen versucht, die ganz unklar sind; vgl. Glaser, indirekter Vorsatz, 75; Finger, Strafrecht, I, 138 f. sub 3. Ich lege auf diese Bestrebungen kein Gewicht, da nach meiner Ansicht das ganze Erfordernis des versari in re illicita eine Überflüssigkeit ist, von der sich das österreichische Recht thatsächlich befreit hat. Für die herrschende Lehre dagegen mufs jede Einschränkung willkommen sein.

20) Wohlgemerkt: wirkliches Bewufstsein des Sachverhaltes, nicht ein scire debuisse!

21) Vgl. auch das historische Argument aus der Theresiana, o. Anm. 5. — Das alles ist so einfach und auf der flachen Hand liegend, dafs man staunen mufs, wie überhaupt ein Jurist das nicht sehen kann. Gleichwohl bin ich hier wie sonst überall auf den Widerstand eingealterter Vorurteile gefafst. Neu ist übrigens meine Ansicht durchaus nicht. Zeiller, der als Mitglied der Redaktionskommission des G. v. 1803 besondere Beachtung verdient, vertritt sie bereits in nicht zu überbietender Klarheit und Schärfe: „Nach diesem § 1 ist zuvörderst böser Vorsatz vorhanden, wenn der Thäter dasjenige Übel bedacht und beschlossen, welches mit dem Verbrechen verbunden ist, . . . d. h. wenn der Thäter die verbrecherische Handlung [= Handlung und Erfolg im modernen Sinne] *gewollt* hat. Das Gesetz begnügt sich aber weiter auch noch damit, dafs der Thäter zwar ein anderes, minderes Übel gewollt, aber *ungeachtet des Bewufstseins*, dafs nach den Naturgesetzen leicht ein gröfseres Übel daraus entstehen könne, dennoch die Handlung unternommen, *folglich dieses aus seiner Absicht, oder seinem Willen nicht ausgeschlossen hat.*" Der Anschlufs an die Wolf-Nettelbladtsche Theorie ist vollständig; in der letzten Wendung wird der Leser Wolfs „non aversari" unschwer erkennen. Im weiteren Verlaufe charakterisiert

Von der Eventualergebung in den nicht beabsichtigten Erfolg spricht das Gesetz nicht; auch Böhmer und Nettelbladt haben sie nicht unter die „requisita" des dolus indirectus aufgenommen, sondern sind davon ausgegangen, daſs bei Gegebensein der übrigen Momente dieser eventuelle Konsens ganz selbstverständlich sei; es hätte auch der ganzen auf Beweiserleichterung gerichteten Tendenz dieser Theorie schnurstracks widersprochen, wenn ein so schwer erweisliches factum internum unter die zu erweisenden Requisite Aufnahme gefunden hätte. Den gleichen Grundgedanken dürfen wir wohl auch bei der österreichischen Gesetzgebung voraussetzen.

Und nun wollen wir ein konkretes Beispiel geben, das als Typus des österreichischen indirekten Dolus dienen soll: A schlägt mit einem schweren Hammer nach B, zwar nicht in der Absicht, ihn zu töten, aber doch in der Absicht, ihm die Nase zu zerschmettern; er ist sich bewuſst, daſs aus einem Schlage solcher Art leicht der Tod des Geschlagenen erfolgen kann; B stirbt an der erlittenen Verletzung.[22]) Hier liegt Totschlag nach § 140 St.-G. vor.

Man muſs zugeben, daſs dieser indirekte Dolus des österreichischen Gesetzes relativ recht vernünftig ist. Es mangelt ihm der Anschluſs

---

Zeiller das Wesen des dolus indirectus als *Gleichgiltigkeit*, als ein *Handeln ungeachtet der dem Thäter sich aufdringenden Vorstellung*, daſs auch leicht ein gröſseres Übel entstehen könne: *der Thäter läſst es doch lieber darauf ankommen, als daſs er seine Neigung aufgäbe*. Schlieſslich stellt er fest, es genüge, wenn der schlimmere Erfolg dem Thäter auch nur in einem undeutlichen Bewuſstsein vorschwebe. (Materialien, VIII, §§ 7, 8, 10.) — Einen ganz ähnlichen Gedankengang finden wir auch bei v. Hye, über dessen Ansicht u. im Anhang referiert wird. Verschiedene Anklänge auch bei Glaser; s. u. — Ebenso faſst J. Fr. Chr. Meister in seinem zu Unrecht viel citierten Aufsatze im Neuen Arch. d. Criminalr. I (1816) p. 106 ff. den § 1 als richtige Wiedergabe seines durch Eventualergebung in den schlimmsten Erfolg charakterisierten dolus indirectus auf; s. bes. S. 109, 113.

22) Nach der wohl herrschenden Ansicht erfordert der *Versuch* nach österr. R. direkten Vorsatz; so Stählin, l. c., Herbst, Handb. zu § 8, 140; Geyer, Erörterungen, 51 f.; Finger, Strafrecht I, 182; ich bin mit dem Resultate, nicht mit den Gründen einverstanden; meine Gründe sind folgende: 1. das historische Moment, daſs der dolus indirectus in der gemeinrechtlichen Doktrin nur bei eingetretenem Erfolg in Frage kam; 2. der von den citierten Autoren übersehene § 155 a. Nach dieser Gesetzesstelle wird es als schwere körperliche Beschädigung mit schwerem Kerker zwischen 1—5 Jahren bestraft, wenn „die obgleich an sich leichte Verletzung mit einem solchen Werkzeuge, und auf solche Art unternommen wird, womit gemeiniglich Lebensgefahr verbunden ist." Das würde genau dem Versuche des Totschlages entsprechen, und bei Eintritt des Todes würde niemand zögern, in solchem Falle wirklich auf Totschlag zu erkennen. Das Gesetz geht nun offenbar davon aus, daſs dieser Fall durch die Regeln über den Versuch nicht getroffen sei und einer besonderen Regelung bedürfe. — Wenn der dolus indirectus zum Versuche nach österr. R. nicht ausreicht, dann gilt natürlich das gleiche von dem dolus eventualis, da er ja an innerem Schuldgehalt den ersteren nicht übertrifft.

nach der Fahrlässigkeit[23]) hin; und es stört das nutzlose Requisit des versari in re illicita. Im übrigen beruht er auf einer ganz richtigen Abschätzung der höheren Grade der „Wissentlichkeit“ und entspricht darin vollkommen dem dolus eventualis der modernen Theorie, dessen Stammvater er ja ist.[24])

Allerdings ist dieser gesetzliche Dolusbegriff der österreichischen Theorie und noch mehr der Praxis völlig verloren gegangen, und durch einen häſslichen Wechselbalg ersetzt werden. Die Geschichte der Miſsgriffe, die in dieser Frage begangen wurden, ist wenig rühmlich. Doch dies darf uns nicht abhalten, sie schonungslos aufzudecken und den Irrtum bis in seine letzten Schlupfwinkel zu verfolgen. Denn jahraus jahrein werden in Österreich relativ harmlose Menschen auf Grund ganz haltloser Theorieen verurteilt und als Totschläger gebrandmarkt, ohne daſs es bisher gelungen wäre, eine Änderung der höchsten Rechtsprechung herbeizuführen.

Die wichtigste Frage ist die nach der Bedeutung des Satzes: „*woraus das Übel, welches dadurch entstanden ist, gemeiniglich erfolgt, oder doch leicht erfolgen kann*“.

Der Cassationshof vertritt in ständiger Praxis die Anschauung, der Schluſspassus des § 1 bezeichne keine subjektive, sondern eine objektive Voraussetzung für die Annahme des indirekten Vorsatzes. Der Thäter verantwortet für alle Folgen, die aus seiner That als der fortwirkenden Ursache entsprangen, *auch wenn er dieselben nicht voraussehen konnte.*

Gegen diese Ansicht hat bereits Geyer mit vollem Rechte eingewendet, daſs für Tötung mit dolus indirectus doch mindestens jener Schuldgrad erfordert werden müsse, wie für fahrlässige Tötung, und sich ferner ebenso schlagend auf § 2 lit. e und f berufen. Ich möchte dem noch zwei Argumente hinzufügen. Zunächst das historische, daſs keiner jener Autoren, auf welche die Ausbildung der Lehre vom dolus indirectus zurückzuführen ist, eine so verkehrte Ansicht vertreten hat, vielmehr alle zum mindesten ein *„scire debuisse“* verlangen; warum sollte der österreichische Gesetzgeber diesen vernünftigen Weg verlassen haben? Ferner: Bei dem Hauptfalle des dolus indirectus, dem Totschlage, und ebenso bei dem nächstwichtigen Falle, der schweren körperlichen Beschädigung (§ 152), ist jenes Erfordernis eines strikteren

---

23) Das gesetzliche Strafminimum der Tötung mit indirektem Vorsatz ist 5 Jahre schweren Kerkers (§ 142); das Maximum für den Normalfall fahrlässiger Tötung 1 Jahr strengen Arrestes (§ 335); und doch ist die Grenze flieſsend: Wenn der Richter annimmt, Thäter habe den Erfolg zwar nicht als „leicht“ aber doch als „möglicherweise“ eintretend vorausgesehen, so kann er nur mehr auf Fahrlässigkeit erkennen. Durch § 338 St.-P.-O. ist insofern nachgeholfen, als der Richter im ersten Falle bis auf 1 Jahr Kerker herabgehen kann.

24) Wir werden auf diesen Punkt noch zurückkommen.

objektiven Kausalzusammenhanges, an den der oberste Gerichtshof denkt, ausdrücklich abgelehnt, indem in beiden Fällen auf die Bestimmung des § 134 Bezug genommen wird, der es für gleichgiltig erklärt, ob der tötliche Erfolg nur vermöge der persönlichen Beschaffenheit des Verletzten, oder blofs vermöge der zufälligen (!) Umstände, unter welchen die Handlung verübt wurde, oder nur vermöge der zufällig hinzugekommenen Zwischenursachen (!) eingetreten ist, insofern diese letzteren durch die Handlung selbst veranlafst wurden. Es ist also nicht notwendig, dafs der Weg, auf dem der Tod wirklich eingetreten ist, „gemeiniglich oder leicht" befahren wird. Wenn der Schlufspassus des § 1 im geltenden Gesetze noch irgend einen Sinn haben soll, so kann er nur in subjektiver Bedeutung aufgefafst werden.[25])

Die ganz falsche Praxis des obersten Gerichtshofes ist auf Glasers Aufsatz über den indirekten Dolus zurückzuführen. Ich lasse die betreffende Stelle (l. c. p. 75 ff.) in extenso folgen, damit es männiglich klar werde, auf wie haltlosen Fundamenten die angefochtene Lehre beruht.

„Übersehen wir also die Voraussetzungen der Annahme jener zweiten"
„Art von bösem Vorsatz, so zeigt sich, dafs sie ein *doloses* und *kulposes*[26])"
„Element einschliefsen. Ein doloses unverkennnbar dadurch, dafs eine"
„böse Absicht und eine auf deren Realisierung berechnete Handlung,"
„also wenigstens der Versuch eines Verbrechens, Vergehens oder einer"
„Übertretung erforderlich ist."

„Das *kulpose Element* ist aber nicht weniger deutlich ausgeprägt."
„Liegt ja das Wesen des kulposen Deliktes eben darin, dafs jemand"

---

25) Der oberste Gerichtshof urteilt, als ob die von ihm „objektiv" aufgefafste Vorschrift des § 1 durch die ihm nach dieser Annahme freilich entgegenstehende Anordnung der §§ 134, 140, 152 aufgehoben wäre; so rechnet er bei der Körperverletzung (zu der dolus indirectus erfordert wird: Entsch. No. 188) alle noch so zufälligen und nicht voraussehbaren schweren Folgen zum Vorsatze, auch solche, die durch kurpfuscherische Behandlung herbeigeführt worden sind; vgl. die Entsch. No. 68, 337, 457, 642, 1097, 1137 u. a. m. Die in No. 337 ausgesprochene Ansicht, dafs das „zufällig" in § 134 subjektiv, mit Rücksicht auf die Person des Thäters zu verstehen sei, ist nicht richtig; wie bereits oben bemerkt wurde (S. 188), sollte durch diesen Passus lediglich die alte Kausalitätstheorie abgelehnt werden. — Nach meiner Ansicht besteht zwischen § 1 einerseits, §§ 134, 140, 152 anderseits kein Widerspruch; § 1 bestimmt die subjektiven Voraussetzungen des Dolus; die anderen Paragraphen erklären: Wenn einmal die Handlung vorsätzlich vorgenommen worden ist, dann ist es gleichgiltig, in welcher Art der Erfolg objektiv aus ihr entsteht. Z. B.: A schlägt animo vulnerandi mit einer Waffe in solcher Art nach B, dafs er einsieht, ein solcher Schlag könne leicht den Tod desselben herbeiführen; z. B. durch Zertrümmerung der Hirnschale etc. B stirbt thatsächlich, aber nur durch Hinzutritt einer „Zwischensache", z. B. eines ungeschickten Arztes, einer Infektion der Wunde, u. dergl.

26) Achtung!

„für einen Schaden verantwortlich gemacht wird, den er nicht an-“ „richten wollte, dafs das Eintreten der Verantwortung aber lediglich (?)“ „von dem äufserlichen Umstand abhängt, dafs der Schade wirklich“ „angerichtet wurde.[27]“

„Nun sind allerdings diese beiden Elemente nicht von einander“ „gesondert zu fassen; sie haben sich hier auf eine ganz eigentümliche“ „Weise durchdrungen und zu einem untrennbaren Ganzen verknüpft.“ „Die äufserliche That nämlich ist beiden Elementen gemein; nur so weit“ „sie von der bösen Absicht beherrscht ist, kommt die kulpose, nur so“ „weit sie wider den Willen des Thäters ein Ubel wirklich herbeiführt,“ „die dolose Handlung in Betracht. Ein Thatumstand, der als blofs“ „dolos oder als blofs kulpos zu erkennen wäre, müfste bei Beantwor-“ „tung der Frage, ob die hier besprochene Art des bösen Vorsatzes“ „vorhanden sei, gänzlich unbeachtet bleiben.“

„Wir haben damit den Begriff der culpa dolo determinata in“ „Feuerbachs Sinn, etwas von der blofsen Konkurrenz von dolus“ „und culpa wesentlich Verschiedenes gewonnen.[28]“

„Es ist somit im § 1 des St.-G.-B. dem wirklich vorhandenen“ „bösen Vorsatz ein zweiter gegenüber gestellt, der nicht in Wirklich-“ „keit, sondern nur vermöge einer gesetzlichen Fiktion besteht.[29]“

„Der Gedanke, der hier dem Gesetze zu Grunde liegt, ist unver-“ „kennbar der: in gewissen, besonders wichtigen Fällen, unter beson-“ „ders schweren Umständen den Thäter für ein Übel verantwortlich zu“ „machen, welches er nicht herbeiführen wollte. Die Grenze, welche“ „der Anwendung dieser Fiktion gesteckt wird, ist übrigens deutlich“ „genug bezeichnet. Wer seine Absichten auf Erlaubtes einschränkt,“ „ist nicht in Gefahr, ihr zu verfallen. Von dem Augenblicke aber,“ „wo der Handelnde für die Erreichung einer bösen Absicht thätig“ „wird, tritt er in die Region, wo das Faktum an sich, auch abgesehen“ „vom Willen, Bedeutung hat; seine That kann ihn weiter tragen als“ „seine Absicht gewesen. Der Ausgang wird sein Richter.[30]“

---

27) Das ist ganz falsch; die Hauptsache fehlt: die Möglichkeit und Pflicht der Voraussicht und Vermeidung des Erfolges.

28) Ich werde auf Feuerbachs Theorie noch zurückkommen; diese culpa dolo determinata Glasers entspricht *nicht* dem klassischen dolus indirectus; aber wenn er sie dem österreichischen Gesetze unterstellt, dann mufs er doch annehmen, dafs in Bezug auf den weitergehenden Erfolg mindestens culpa vorliegt! Bisher kann jeder Anhänger der Geyerschen Ansicht unterschreiben.

29) Dieser Satz ist besonders zu beachten; er erklärt das Streben nach Einschränkung des Geltungsgebietes dieser Schuldform.

30) Diese Auffassung entspricht genau der des kanonischen Irregularitätsrechtes; sie war, wie wir wissen, bereits von den italienischen Praktikern (soweit sie die Folgen des versari in re illicita zum dolus anrechneten) überwunden.

„Doch kann das Mifsverhältnis zwischen Wille und That auch" „nicht so grofs werden, als man beim ersten Anblicke meinen sollte." „Es ist nämlich beim Thäter unverkennbar eine gröfsere Verderbtheit" „des Willens vorhanden, als worauf die Absicht, die er hatte, für sich" „allein schliefsen lassen würde; sie dokumentiert sich darin, dafs er" „von der gefafsten bösen Absicht sich nicht abwenden läfst, obgleich" „die Möglichkeit, ja Wahrscheinlichkeit eines Übels, das herbeizu-" „führen nicht in seinem Willen liegt, vorhanden war *und auch von*" „*ihm, wenn er nur jene Achtsamkeit anwendete, welche schon bei er-*" „*laubtem Thun Pflicht ist, hätte erkannt werden müssen.*[31]"

„*Ebem darum geht aber das Gesetz in Anerkennung des rein Fak-*" „*tischen so weit, dafs selbst der error invincibilis hier die Verantwor-*" „*tung nicht ausschliefst, da es mit grofser Bestimmtheit blofs die ob-*" „*jektiven Verhältnisse bezeichnet, welche die Verantwortung begründen*" „*— Verhältnisse, unter denen Erkenntnis der Gefahr nicht immer vor-*" „*handen sein mufs.*[32]"

Ich übergehe die weiteren, minder wichtigen Bemerkungen Glasers, und möchte nur noch erwähnen, dafs er im folgenden wieder die culpa dolo determinata mit dem österreichischen indirekten Vorsatz identificiert; ferner, dafs er offenbar nicht in Betracht zieht, dafs die herrschende Lehre des 18. Jahrhunderts bei dolus indirectus einen eventuellen Konsens in den schwereren Erfolg vorausgesetzt hat.[33])

Wenn ich mein Urteil über diese Ausführungen kurz zusammenfassen soll, so kann ich nur sagen: Dormitat aliquando etiam bonus Homerus.

---

31) Der Beginn dieses Absatzes fordert nach allen Regeln der Logik ein *wirkliches Gewufsthaben*. Nur unter dieser Voraussetzung kann ich sagen, jemand habe sich von der gefafsten bösen Absicht nicht abwenden lassen, *obgleich* die Gefahr vorhanden war etc., und dies dokumentiere eine gröfsere Verderbtheit des Willens; wie sollte etwas als abhaltendes Motiv wirken, was seinem Bewufstsein nicht gegenwärtig ist? Richtig ist Glasers Gedanke ausgedrückt bei Thomas von Aquino (s. o. S. 158): Cum enim aliquis *cogitans* quod ex opere suo multa mala possunt sequi, nec propter hoc dimittit; ex hoc apparet voluntas eius esse magis inordinata. Es ist also bereits eine Inkonsequenz, wenn Glaser am Ende dieses Absatzes blofs eine scire debuisse, also Fahrlässigkeit in Bezug auf den nicht beabsichtigten Erfolg, fordert. — Der Leser wird durch den nächsten Absatz sehr überrascht sein und an einen Verstofs in der Druckerei glauben; dem ist aber nicht so.

32) Ich brauche wohl nicht auszuführen, dafs dieser Absatz zu dem vorigen im schroffsten Gegensatze steht. Das „eben darum" am Beginne klingt wie eine Verhöhnung des Lesers. Ich vermute, dafs dieser Absatz sich ursprünglich an den vorvorigen anschlofs: „Der Ausgang wird sein Richter. Eben darum etc."; und dafs Glaser den dazwischen befindlichen Absatz nachträglich einschob, ohne den Widerspruch zu merken. Aber auch in diesem milderen Falle läge noch immer eine ganz beträchtliche Gedankenlosigkeit vor.

33) Er hält dies für eine auf Verwechslung mit dem dolus indeterminatus beruhende Besonderheit des Meister'schen dolus indirectus.

Der oberste Gerichtshof hat sich diesen Ausführungen Glasers angeschlossen.[34]) Von den Gründen wäre als neu etwa hervorzuheben der schärfere Hinweis darauf, dafs der Gesetzgeber in dem § 1 ganz objektiv von der leichten Möglichkeit des Eintrittes, nicht aber von der Voraussehbarkeit der unbeabsichtigten Folge spricht. Dabei wird ganz übersehen, dafs dieses Erfordernis eben durch § 2 lit. e und f geregelt ist. Im übrigen ist der Anschlufs an Glaser fast wörtlich. Insbesondere findet sich in den Ausführungen der Generalprokuratur bei der E. 211 folgender bedenkliche Passus: „Gewifs läfst sich auch nicht verkennen, dafs den Thäter in derlei Fällen eine gröfsere Verderbtheit des Willens beschwert, als seine Absicht, für sich allein betrachtet, anzudeuten scheint. Verharrte er doch in dieser an sich bösen Absicht, *obgleich* die Möglichkeit, ja Wahrscheinlichkeit des nicht gewollten Übels nahe lag und bei Aufbietung jener Aufmerksamkeit, zu welcher selbst bei erlaubtem Thun Verpflichtung besteht, auch von ihm nicht zu übersehen war (§ 335 St.-G.-B.)". Deutlicher als durch das Citat des § 335 kann das Requisit der Fahrlässigkeit nicht mehr gekennzeichnet werden, und es ist ganz unerfindlich, wie das als Argument für die Zufallshaftung angeführt werden kann.

Wir haben also gesehen, dafs die Ansicht des Cassationshofes nicht nur nicht durch das Gesetz bedingt ist, sondern geradezu mit dem klaren Wortlaute desselben völlig unvereinbar ist; das Gesetz verlangt in § 2 lit. f) für jede Art des bösen Vorsatzes Bewufstsein der Folgen. Die Praxis dagegen führt contra legem wenigstens für einen Teil der Rechtsprechung in die Zeiten der ärgsten Barbarei, der krassesten Erfolghaftung zurück, in eine Barbarei, die von den italienischen Juristen, von Carpzov und seinen Nachfolgern bereits siegreich überwunden war.[35])

Gegen die Ansicht Glasers ist zuerst Geyer aufgetreten, dem sich seither die Theoretiker allgemein angeschlossen haben. Aus den bereits oben S. 194 mitgeteilten Gründen verlangt er *Voraussehbarkeit* des schwereren Erfolges; der dolus indirectus ist also seinem Wesen

34) Entsch. N. 211, 966, 1294; auch nicht veröffentlichte Entscheidungen; vgl. die bei Manz erschienene Taschenausgabe des St.-G., 17. Aufl. zu § 1. No. 5, 6. — Ganz unverständlich ist mir die Entscheidung No. 1001, in der es heifst: „Für den Thatbestand des in Rede stehenden Verbrechens (§ 152, Körperverletzung) genügt es, dafs der schwere Erfolg *kulpos* herbeigeführt worden ist. Dafs endlich der Thäter in der Lage gewesen sein müsse, den schweren Erfolg vorauszusehen, ist eine vollends unbegründete Anforderung; die im § 335 St.-G. geforderte Einsicht in die Gefährlichkeit der Handlung reicht auch für den verbrecherischen Thatbestand aus." Die gleiche Entscheidung meint, dafs eine Handlung, aus welcher der fragliche Erfolg nach Aussage der Sachverständigen unter 1000 Fällen vielleicht einmal hervorgehe, diesen Erfolg „gemeiniglich oder doch leicht" herbeiführe.

35) Die reichsdeutsche Praxis verfolgt die gleichen Tendenzen, aber mit mehr Anhalt im Gesetzestexte.

nach eine Konkurrenz von dolosem leichterem und kulposem schwererem Delikt.[36])

Diese Auffassung ist immerhin verständiger, als die vorige; richtig ist sie nicht. Sie entspricht nicht dem vorgeschrittenen Stande der Theorie zur Zeit der Abfassung der Theresiana; ich erinnere hier nur an das treffende Wort der Nettelbladt-Gläntzerschen Dissertation: Ast non scire quae scire debemus et possumus, *culpa* est! Und wenn Geyer sich darauf beruft, dafs nach § 2 lit. e, f der Irrtum und die Unwissenheit der Folgen den bösen Vorsatz ausschliefsen: was berechtigt ihn, hier einen error invincibilis unterzuschieben? Der § 2 spricht unterschiedslos von jedem bösen Vorsatze: sollte auch der direkte nur durch error invincibilis ausgeschlossen sein?[37])

Diese irrige Ansicht ist nur dadurch erklärlich, dafs in unserem Jahrhundert die Kenntnis des dolus indirectus so gut wie verloren gegangen ist; Feuerbachs culpa dolo determinata hat auch in Österreich wesentlich zu diesem Erfolge beigetragen.

Eine zweite Frage geht dahin, ob der dolus indirectus bei jedem Verbrechen angewendet werden könne. Wer den § 1 unbefangen liest, kann diese Frage nur bejahen; ich wüfste nicht, wie sich das Gesetz überhaupt noch deutlicher und allgemeiner ausdrücken könnte. Bis zu der Glaserschen Arbeit war auch diese Ansicht allgemein verbreitet.[38]) Erst Glaser empfand das Bedürfnis, den von ihm geschaffenen Popanz soweit es gieng aus dem Gesetze zu verdrängen. Er verweist darauf, dafs das Gesetz ja die hohe Bedeutung des Willensmomentes nie aus den Augen lasse. „Wie sollen wir nun, dies einmal festgestellt, uns so leicht überreden, es habe das Gesetz für alle Verbrechen ohne Unterschied, sobald nur gewisse Bedingungen erfüllt wären, von vornherein es für unwesentlich erklären wollen, ob das eingetretene Übel in der Absicht des Handelnden lag oder von derselben geradezu ausgeschlossen war? Wie können wir von einem Gesetz, das den Versuch dem voll-

---

36) Geyer in der G. Z. a. a. O., und Erörterungen 23f; anschliefsend Janka, Feldner, Finger, Hiller (Strafges. d. Gegenw. I, 132). Eine litterarische Vertretung hat die Ansicht des Cassationshofes seit Glaser meines Wissens nicht gefunden. Die Ansicht Geyers vertrat der oberste Gerichtshof früher; vgl. die Glasersche Slg. No. 169, 223, 411, 483, 678, 855, 941, 1001, 1021, 1029; bedenklich allerdings schon No. 225, 591.

37) Vgl. o. Anm. 5.

38) Vgl. Glaser selbst, l. c. p. 78. Besonders deutlich bei Zeiller, jährl. Beitr. p. 102 (Beispiel: Aufruhr); in den cit. „Materialien“ p. 409f.; so auch die Entsch. No. 117, 169, 174 der Glaserschen Sammlung, ferner Entsch. v. 13. Jan. 1853, Glasersche Slg. 242, Herbst, Entsch. S. 34f., dazu Rulf, l. c. 385; welch letztere den dolus indirectus bei § 99 St.-G. anwendet, m. E. zu Unrecht, da dort Absicht im technischen Sinne verlangt wird. Die gleiche Entsch.: Glasersche Slg. No. 636; vgl. eod. No. 776, 800.

brachten Verbrechen rücksichtslos gleichstellt, voraussetzen, es wolle jedes Verbrechen in solcher Weise aufgefaſst wissen, daſs es unter Umständen lediglich vom Ausgang abhängt, ob es überhaupt als existierend angesehen werden könne?“ Die Antwort ist sehr einfach. Ein Gesetzgeber, der bei dem wichtigsten Delikte, das zur Entwicklung allgemeiner Grundsätze stets als das tauglichste erkannt wurde, der Tötung, den dolus indirectus im Sinne Glasers anwendet, ist offenbar nicht der Ansicht, damit eine Thorheit zu begehen, sondern glaubt die Schuldfrage richtig zu regeln. Warum er nun z. B. dort, wo die Angriffe sich gegen die vitalsten staatlichen Interessen richten, bei politischen Verbrechen, auf einmal zu besserer Einsicht gelangen sollte, ist mir nicht erfindlich. Jedenfalls ist aber eine solche Argumentation nicht geeignet, die klare Bestimmung des § 1 aus der Welt zu schaffen. Auch der historische Rückblick, den Glaser an dieser Stelle einschaltet, ergibt nichts für seine Ansicht, ja eher das Gegenteil; denn noch für das Strafgesetz Josefs II. von 1787 muſs G. selbst zugeben, daſs dieses die beiden Dolusarten allgemein gleichgestellt habe, und daſs nur durch die Begriffsbestimmung einzelner Delikte der indirekte Dolus ausgeschlossen war (p. 86 f.). Nun unterscheidet sich das Gesetz von 1803 in dieser Frage von dem Ges. v. 1787 nur dadurch, daſs die §§ 2 u. 3 des letztgenannten bei der neuen Redaktion stilistisch durch Einfügung eines „nicht nur — sondern auch“ in einen Paragraphen vereinigt wurden. Das kann doch nicht in der Meinung geschehen sein, damit den Sinn des Ganzen umzustoſsen. Ebenso kann ich auch nicht den Schatten eines Grundes für die Glasersche Ansicht darin erblicken, daſs der Gesetzgeber in einzelnen Fällen der besonderen Thatbestände auf den dolus indirectus hingedeutet hat, in anderen nicht. Das Gesetz hat in § 1 seine Ansicht viel zu klar ausgesprochen, als daſs es solchen Umdeutungen ausgesetzt wäre. Man überdenke den Wortlaut des § 1 und wird zu dem Schlusse kommen, daſs die Ansicht Glasers, hier liege nicht eine disponierende Norm vor, sondern nur ein generalisierender Satz, der gleichsam den Leser auf das Kommende vorbereitet, nicht haltbar ist.[39])

Dieser Teil der Ausführungen Glasers erfreut sich heute *allseitiger* Billigung; in der Miſsgunst gegen den unverstandenen dolus indirectus treffen sich beide Parteien.

Die von mir angenommene allgemeine Geltung[40]) des indirekten Vorsatzes führt zu einer weiteren Konsequenz.

---

39) Noch weiter als Glaser geht die Entsch. N. 1294; diese behauptet geradezu, daſs die Erfordernisse des dolus indirectus je nach den Andeutungen in den einzelnen Paragraphen aufzustellen, daher bei jedem einzelnen Delikte verschieden sind. Eine Kritik dieser beweislos hingestellten Behauptung ist nicht möglich.

40) Zur Vermeidung von Miſsverständnissen wiederhole ich, daſs der dolus in-

Das österreichische Strafgesetz hat bei einer Reihe von Verbrechen den Eintritt gewisser schwerer Erfolge teils als das Delikt konstituierende teils als qualificierende Umstände aufgestellt. Für die erste Klasse gilt zweifellos der an der Spitze des Gesetzes stehende Satz: „Zu einem Verbrechen wird böser Vorsatz erfordert". Ich möchte nun diesen Satz analog auch auf die bloſs als erschwerende Qualifikation verwerteten Erfolge anwenden, da der Unterschied beider Arten nur auf der Gesetzgebungstechnik beruht, also ein rein äuſserlicher ist, der mit der Imputation nichts zu thun hat. In allen Fällen, wo sich nicht aus der besonderen Anordnung des Gesetzes das Gegenteil ergibt, wäre daher anzunehmen, daſs der qualificierende Erfolg dem Thäter zu mindest als „leicht" mögliche Folge seiner Handlung vorgeschwebt haben müsse.

Freilich läſst sich nicht verkennen, daſs der Gesetzgeber in dieser Frage nicht sehr konsequent vorgegangen ist. In zwei Fällen genügt nach dem Wortlaute des Gesetzes die *Voraussehbarkeit* des Erfolges: § 86 a. E., § 167 lit. a.[41]) In einem Falle wird der Erfolg zugerechnet, trotzdem er nicht als leicht möglich voraussehbar war, allerdings viel milder als im Falle der Tötung mit Wissentlichkeit: §§ 150, 151. Ebenso dürfte rein der Erfolg entscheiden in den Fällen der §§ 73, 74, vielleicht auch 126 ff., 148. In allen übrigen Fällen würde ich mit einem scire potuisse nicht zufrieden sein, sondern ein „hoc facile evenire posse

directus ausnahmsweise dort nicht zur Anwendung gelangt, wo er durch den *besonderen* Thatbestand des Verbrechens ausgeschlossen ist; z. B. §§ 99, 134.

41) Bei einigem guten Willen kann man auch hier sehr leicht zu dem Schlusse kommen, der Gesetzgeber habe an ein scivisse gedacht und nur aus Flüchtigkeit das scire potuisse gesagt, als das praktisch gewöhnliche Beweisthema, aus dem auf das scivisse geschlossen wird. Dieser Gedankengang liegt offenbar, wenn auch unausgesprochen, einer vom Geiste edelster Humanität durchwehten Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. J. 1864 zu Grunde (Ger.-Ztg. No. 79, Glasersche Slg. No. 1055). Der § 167 lit. a verhängt über den Brandstifter die Todesstrafe, „wenn das Feuer ausgebrochen und dadurch ein Mensch, *da es vom Brandleger vorhergesehen werden konnte, getödtet wird.*" Nun hatte A aus Rache die Scheuer seines Bruders B niederbrennen wollen; das Feuer aber ergriff auch das anstoſsende Wohngebäude, aus dem zwei Töchter des B sich nicht mehr retten konnten. A gestand, den Brand gelegt zu haben. An die Möglichkeit des Todes seiner zwei Nichten habe er *nicht gedacht*, doch habe er gewuſst, daſs dieselben gewöhnlich auf dem Boden schlafen, und *er müsse auch zugestehen, daſs er bei besserer Überlegung immerhin einsehen konnte*, daſs sie dabei ums Leben kommen können. Der oberste Gerichtshof erblickte in § 167 lit. a einen Anwendungsfall des *dolus indirectus*; und diesen indirekten Vorsatz faſste er durchaus als einen *eventuellen* Vorsatz auf. Das Hauptgewicht legen die Gründe darauf, daſs A jenen Erfolg in Wahrheit nicht bedacht habe; es sei nicht anzunehmen, daſs „A den Entschluſs faſste, den Brand *auf die Möglichkeit hin* zu legen, daſs eines der Kinder seines Bruders dabei zu Grunde gehe . . . . ja es dringt sich die Überzeugung auf, daſs der Angeklagte an diese Möglichkeit *nicht gedacht* hat, *daſs er, wenn er zur Erkenntnis dieser Möglichkeit gekommen wäre, vielleicht die verbrecherische That nicht begangen hätte.*"

scivisse“ verlangen; u. z. insbesondere bei den Paragraphen 85b, c, 86, 87, 88[42]), 91, 94, 141, 150, 160f., 163f., 195, 210 lit. b. Eine besondere Stellung nimmt das Sprengstoffgesetz vom 27. Mai 1885 R.-G.-B. No. 134 ein; sein § 4 unterscheidet den voraussehbaren und den nicht voraussehbaren Erfolg: Tod, der das Delikt der gemeingefährlichen Anwendung von Sprengstoffen in verschiedenartiger Weise qualificiert. Über den Entwurf des österreichischen Strafgesetzes wird im Anschlusse an das deutsche Reichsstrafgesetzbuch berichtet werden.

---

## Anhang. Der dolus indirectus des österreichischen Rechtes kein dolus indirecte probatus.

Zeiller hat zuerst im „jährl. Beitrag“ I, 101 ff., die Ansicht aufgestellt, der § 1 a. E. enthalte eine widerlegbare Vermutung des bösen Vorsatzes, und ihn mit § 413 in Verbindung gebracht. Er begründet die Bestimmung damit, daſs es nicht angehe, die Entscheidung über Schuld oder Unschuld des Thäters einzig auf sein Geständnis ankommen zu lassen; ein auch früher, wie wir bereits wissen, oft gebrauchtes Argument, das aber gerade damals mit Rücksicht auf § 413 nicht stichhaltig war. Das Beispiel auf p. 102 stimmt mit dieser Theorie nicht ganz überein; es schlieſst mit den Worten: „soll hier nicht mit Recht angenommen werden, daſs er die böse Absicht hatte, den Aufruhr zu befördern, *oder daſs ihm wenigstens auch dieser Erfolg gleichgültig war?*“ Die letztere Wendung deutet bereits klar auf den dolus eventualis, dessen Identificierung mit dem indirekten Vorsatze Zeiller später vertrat. Dem ersten Aufsatze Zeillers schlieſst sich Jenull, p. 82 ff. an; ebenso Kitka, l. c. 70 ff.; bei diesem ist es bemerkenswert, daſs er in konsequenter Durchführung des Gedankens, der Schluſssatz des § 1 sei eine Regel für den Beweis des Vorsatzes, bei dem Totschlag *jede Art* von Tötungsdolus ausschlieſst, da ja der Wortlaut des Gesetzes dort die Doluspräsumtion unmöglich macht; K. behauptet, es liege bei Totschlag kein dolus indirectus, sondern Konkurrenz von dolus und culpa vor. Es braucht nicht erst betont zu werden, daſs ein Begriff des dolus indirectus, der auf den historisch sichergestellten Hauptfall desselben nicht angewendet werden kann, sich selbst richtet. Sehr eigentümlich ist die Ansicht v. Hyes; nach seinem Kommentar, S. 144 ff. hat der Schluſspassus des § 1 zwei Funktionen: „durch diesen Zusatz hat das Gesetz ebensowohl einerseits den *bestimmten* und *unbestimmten*, und anderseits den *direkten* gleichwie den *indirekten* Vorsatz eingeschlossen, um so mehr, da diese beiden an sich oder begrifflich allerdings verschiedenen Einteilungsarten des dolus in concreto häufig in einander verschwimmen“. Das Kennzeichen des dolus indeterminatus ist nach S. 149 die Eventualergebung in den schlechten Erfolg. Mit einem Worte: In Bezug auf die *materiell-recht-*

---

42) Übereinstimmend die Entscheidungen No. 722 und 920. — Ich bin der Ansicht, daſs §§ 87, 88 sich nicht auf die Gefährdung, bezw. Tötung einzelner Menschen beziehen, da dieses Delikt in §§ 155, lit. a, 140 geregelt ist.

*liche* Seite des § 1 befinde ich mich mit v. Hye in vollster Übereinstimmung. Daneben soll das, was v. Hye den indirekten Dolus nennt, nichts weiter sein, als ein dolus indirecte probatus. Es ist aber doch einem sonst so gut stilisierten Gesetze nicht wohl zuzumuten, dafs es zwei so heterogene Dinge mit den gleichen Worten habe sagen wollen. In den später verfafsten „leitenden Grundsätzen“, 293f., betont v. Hye ausschliefslich das Beweismoment, und führt nicht ohne Schein aus, dafs die von ihm vertretene Ansicht nunmehr durch den Wortlaut des § 268 der St.-P.-O. v. 1853, der in der That sehr an den Schlufspassus des § 1 St.-G. erinnert, unterstützt sei. Es ist jedoch zu bemerken, dafs dieser § 268 eine offenbar nach Zeillers späterem Aufsatze, S. 418 ergänzte Wiedergabe des § 413 St.-G. v. 1803 ist, und dafs gerade Zeiller an jener Stelle diese Sätze als processuale Bestimmungen, die *neben* dem materiellrechtlichen Begriffe des dolus indirectus gelten sollen, behandelt. Herbst schliefst sich im allgemeinen der Ansicht Kitkas an; der Schlufspassus des § 1 gebe nur als Beweisvorschrift einen vernünftigen Sinn; der indirekte Vorsatz bedeute einen Widerspruch mit den Denkgesetzen. „Denn wie soll eine Handlung als dolos, vorsätzlich und eben deshalb der Erfolg als *gewollt* angesehen werden, sobald *Gewifsheit* vorliegt, dafs der Thäter den, wenn gleich eingetretenen und aus der gewählten Handlungsweise gewöhnlich oder sogar notwendig hervorgehenden Erfolg in der That *doch nicht* gewollt habe? — Will der Thäter das Übel *wirklich* nicht, wie soll er es indirekt doch wollen?“ Das ist, wie schon die Form zeigt, nicht Interpretation, sondern Kritik des Gesetzes. Herbst zieht aus seiner Ansicht alle Konsequenzen: gerade jene Fälle, in denen das Gesetz sich deutlich auf den dolus indirectus bezieht (§§ 140, 152, 169), sind ihm Ausnahmen von dem Satze des § 1, dafs zu jedem Verbrechen böser Vorsatz erfordert werde. Bei dem Totschlag liegt kein wie immer gearteter Tötungsdolus vor! Anderseits soll die culpa dolo determinata nach den Regeln der Konkurrenz behandelt werden. Wie der Gesetzgeber unter diesen Voraussetzungen auf die hohe Strafe des Totschlages verfallen sein mag, ist eine Frage, die H. sich nicht vorlegt. Dafs seine Ansicht historisch ganz unmöglich ist, brauche ich kaum zu wiederholen. (Vgl. Herbst, Hdb. zu § 1, No. 3, 9, 12; derselbe, grundsätzl. Entsch. 34f.)

Gegen die unrichtige Ansicht traten auf: Zeiller in seinem späteren Aufsatze, Stählin, in ausführlicher, guter Polemik Rulf und Glaser, anschliefsend Sentz u. a.; sie gilt heute als aufgegeben.

## § 10.
## Die neuere deutsche Doktrin bis zum Jahre 1870.

**Litteratur.** Vgl. auch die Angaben zu § 8.

Abegg, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft. 1836. v. Almendingen, Über das kulpose Verbrechen. Biblioth. f. d. peinl. Rw. u. Ges. Bd. II, St. II. zum Bach, Ansichten und Bemerkungen über die Hauptgegenstände des Strafrechts. Berlin 1828. Bauer, Lehrb. der Rechtswissenschaft, 1827. — Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprocefs. I, 1840. Baumeister, Bemerkungen zur Strafgesetzgebung. 1847. Borst, Über den Beweis des bösen Vorsatzes. Neues Arch. d. Criminalr. II, 434 ff. Breidenbach, Commentar über das grofsherzoglich hessische Strafgesetzbuch. I, 1842, I, 2. Abt. 1844. Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des peinlichen Rechts. 2 Bde. 1799, 1800. — Betrachtungen über dolus und culpa überhaupt und den dolus indirectus insbesondere. Biblioth. f. d. peinl. Rw. u. Geskde. Bd. II, St. 1 (1800) p. 193 ff. — Kritik des Kleinschrodischen Entwurfes zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten. S.-A. aus der cit. Bibl. 3 Th. 1804. — Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. 7. Aufl. 1820. 14. Aufl. herausg. v. Mittermaier, 1847. Filangieri, System der Gesetzgebung, übers. v. Siebenkees, 2. Aufl. Anspach, 1788 ff. Gessler, Ueber die Begriffe: Vorsatz und Absicht. Gerichtssaal XII (1860), 369 ff. v. Grolman, Über die Begriffe von Dolus und Culpa; Biblioth. f. peinl. R. u. G. Th. I, St. I, p. 3 ff. Nachträge dazu eod. Th. I, St. 3, p. 71 f. — „Wird Dolus bei begangenen Verbrechen vermutet?"; ebendort, Th. I, St. II, p. 70 ff. — Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft. 4. Aufl. 1825. Grosse, Läfst sich ein Todschlag aus einem dolus indirectus denken? In seinem „Magazin des Criminalrechts" I, Marburg 1804. Heffter, Lehrb. des gemeinen deutschen Strafrechtes, 5. Aufl. 1854. Hegel, Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse. (2. Titel: Grundlinien der Philosophie des Rechts.) 1821. Henke, Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik. 4 Bde. 1823 ff. Herrmann, Über Absicht und Vorsatz überhaupt und über unbestimmte und indirekte Absicht insbesondere. Arch. d. Criminalr. N. F. 1856, 1 ff., 441 ff. Hommel, Philosophische Gedanken über das Criminalrecht. Breslau 1784. Jarcke, Handbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts, 3 Bde., 1827 ff. Klein, in den „Annalen der Gesetzgeb. u. Rechtsgelehrs. in den preufs. Staaten", XII (1749), p. 186 ff. — Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts. 2. Aufl. Halle 1799. — Aufsätze im Archiv des Criminalrechts, u. z. Bd. I, St. II, p. 56 ff.; Bd. II, St. I, p. 216 ff.; Bd. III, St. I, p. 119 f. Kleinschrod, Etwas über das Wesen und die Bestrafung culposer Verbrechen. Neues Arch. d. Criminalr. VI, 45 ff. Konopak, Über dolus und culpa. Arch. d. Criminalrechts. Bd. IV, St. 3, p. 32 ff. Köstlin, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts. 1845. — System des deutschen Strafrechts. 1855. Marezoll, Das gemeine deutsche Criminalrecht. 3. Ausg. 1856. Martin, Lehrbuch des teutschen gemeinen Criminal-Rechts. 2. Ausg. 1829. Meister, J. Fr. Ch., Ueber den criminalistischen Begriff: Dolus indirectus; Neues Arch. des Criminalr. I (1816), 106 ff. — Ueber die Bestrafung einer Tödtung durch Liebestränke; eod. II (1818), 477 ff. Michelet, De doli et culpae in jure criminali notionibus. Berliner philos. Diss. 1824. — Das System der philosophischen Moral. 1828. — Naturrecht oder Rechtsphilosophie (Des Vernunftsrechts erster Theil) I, 1866. Mittermaier, Ueber den Begriff und die Merkmale des bösen Vorsatzes.

N. Arch. d. Criminalr. II, 515 ff. — Ueber den neuesten Zustand der Criminalrechtswissenschaft in Deutschland; ebendaselbst, IV, 400 ff. Oersted, Ueber die Grundregeln der Strafgesetzgebung. Kopenhagen 1818. Salchow, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinl. Rechtes. 3. Ausg. 1823. Semer, Betrachtungen über den sog. dolus indirectus. Landshut 1817. Soden, Geist der peinlichen Gesetzgebung Teutschlands. 2. Aufl. 1792. Stübel, System des allgemeinen peinlichen Rechts. 2 Bde. Leipzig 1795. — Über gefährliche Handlungen. Neues Arch. d. Criminalr. VIII (1826), 236 ff. Temme, Die Lehre von der Tödtung nach Preussischem Rechte. 1839. — Lehrbuch des preufsischen Strafrechts. 1853. — Ueber den unbestimmten Dolus. Arch. d. Criminalr. N. F. 1854, S. 206 ff. — Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts. 1855. Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft. 2. Aufl. 1822 ff. Vollgraff, Darf dolus bei strafbar erscheinenden Thatsachen vermuthet werden? Vermischte Abhandlungen, I, 1822, p. 215 ff. Wächter, Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts. 2 Thle. 1825 f. v. Weber, Ueber die verschiedenen Arten des Dolus. N. Arch. d. Criminalr. VII, 549 f. Wening, Über die Vermuthung des bösen Vorsatzes nach dem röm. R. Neues Arch. d. Criminalr. II, 194 ff. v. Wick, Beiträge zur richtigen Auffassung des Wesens des Vorsatzes. Arch. d. Criminalr. N. F. 1857, 572 ff. — Ueber den Vorsatz. Gerichtssaal, 1860, 124 ff. — Ueber Vorsatz und Absicht. 1866.

*Vorbemerkung.* Der bisher befolgten Methode getreu werde ich auch in diesem Abschnitte nur die Hauptzüge der Entwicklung darstellen; auch bei dieser Beschränkung wird es nicht leicht sein, die Herrschaft über den Stoff zu bewahren. Unter den übergangenen Fragen möchte ich besonders erwähnen den dolus generalis in dem Sinne v. Webers (N. Arch. VII, 576 ff.), dessen fortwährende Berücksichtigung den Gang der Darstellung unnötig kompliciert hätte. Ebenso schien es mir angemessen, eine grundlegende Frage auszuscheiden: ob zum Begriffe des dolus das Bewufstsein der Rechtswidrigkeit erforderlich sei. Diese Frage hat eine ganz selbständige Entwicklung genommen, und ich wüfste in der hier abgehandelten Periode nur sehr wenige Autoren zu nennen, bei dem ihre Bejahung oder Verneinung mit den übrigen Fragen der Schuldlehre, insbesondere mit der Abgrenzung der Schuldformen, in innigem Konnexe stände. Ich glaubte daher, von der regelmäfsigen Konstatierung des Standpunktes, den jeder einzelne Schriftsteller diesbezüglich einnimmt, absehen zu können, um so mehr, als dem Bedürfnisse nach einer Geschichte dieser Entwicklung gerade für den hier behandelten Zeitraum völlig entsprochen ist; ich verweise auf Berner, Wirkungskreis, 22 ff., Bekker, Theorie, 566 ff., und die neueste zusammenfassende Darstellung von Hugo Heinemann in Zeitschr. f. ges. Strafr. XIII, 371 ff. Im allgemeinen sei konstatiert, dafs zu Anfang dieses Jahrhunderts das Bewufstsein der Pflichtwidrigkeit, Rechtswidrigkeit, Strafbarkeit der Handlung von der herrschenden Meinung postuliert wurde, während in den vierziger Jahren sich ein Umschwung deutlich erkennbar macht.

Wir haben die ältere gemeinrechtliche Doktrin bis zu dem Zeitpunkte verfolgt, wo die Lehre vom dolus indirectus, damals die weitaus wichtigste Frage aus dem Gebiete der strafrechtlichen Schuld, völlig ausgebildet war. Wir haben gesehen, wie an den Satz des kanonischen Rechtes: versanti in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto, sich eine im grofsen und groben betrachtet gar nicht so

schlechte Würdigung der *Wissentlichkeit* angegliedert hatte, deren grosser Mangel freilich darin bestand, dafs sie sich durchaus innerhalb des Rahmens der überlieferten zwei Schuldformen halten wollte.[1])

An diesem Punkte nun setzte die Kritik ein.[2]) Sie zeigte, dafs innerhalb eines Vorsatzbegriffes, der auf dem Wollen des Erfolges basiert, der dolus indirectus keinen Platz habe.

Diesen Gedanken führte zuerst Christiani aus[3]), dem sich alsbald die Püttmann-Baetke'sche Dissertation anschlofs. Es sei psychologisch falsch, dafs man die als möglich vorhergesehenen Folgen seiner Handlungen stets auch genehmigen müsse, dafs qui consentit in antecedens, non potest non consentire in consequens. „Ein junges Mädchen, welches der stürmischen Leidenschaft einer aufbrausend ausschweifenden Liebe ihre Tugend und ihre Ehre aufopfert, mag immerhin die höchst wahrscheinlich nahe Folge ihres Vergehens, ihre Schwängerung, voraussehen. Nie hat es diese Folge genehmigt, gebilligt, gewollt." Die ganze Lehre vom Totschlag aus indirektem Vorsatz sei gar nicht in den Gesetzen gegründet — was ausführlich nachgewiesen wird[4]) — sondern eine blofse Meinung der Rechtsgelehrten, die verwerflich sei.

Diese Ansicht gelangte schliefslich zum Siege. In der ersten Hälfte unseres Jahrhunderts gehörte es zum guten Tone, über jene alten Herren mit ihrem indirekten Wollen des Nichtgewollten mitleidig lächelnd dem erstaunten Hörer zu berichten; diese Berichte freilich waren alles, nur nicht richtig. Die Schriften eines Böhmer zu lesen, darüber fühlte sich dieses „philosophische" Zeitalter erhaben. Man kannte die Theorie des dolus indirectus aus zweiter und dritter Hand, insbesondere aus den kurzen und bequemen Notizen ihrer Gegner, die es nicht unterlassen hatten, sie recht schwarz zu machen. Gegen den Namen des dolus indirectus und das dahinter vermutete Unding wurde mit der Pose der Überlegenheit angekämpft: in der Sache selbst wurden genau die gleichen Formen der Schuld mit der gleichen psycho-

---

1) Der klassische Begriff des dolus indirectus wird im 18. Jahrh. noch vertreten durch Gönner, Revision; Meister, a. a. O.

2) Auch der Umstand, dafs das beabsichtigte Verbrechen keinerlei Schlufs auf einen inneren Zusammenhang mit dem unbeabsichtigten Erfolge zulasse (vgl. o. S. 141 f.), wurde gelegentlich betont; v. Globig und Huster, Abh. 114f., 179; v. Hoff, Verbr. aus indir. Abs. 43f., Anm.

3) „Die Chimäre eines Todtschlages aus indirectem Vorsatz" l. c., bes. p. 6ff.; eine Andeutung schon bei Hommel, Philosoph. Gedanken, 102. Vgl. Stübel, System II, 77f.; Klein, Grundsätze, §§ 117, 120; Henke, Geschichte, II, 342; zum Bach, Ansichten, 176.

4) Anschliefsend die Grebel-Greifsche Diss., bemerkenswert durch die richtige Interpretation von l. 1 Cod. 9, 16, o. S. 79, Anm. 68. Diss. p. 8f.

logischen Konstruktion unter neu erfundenen Namen in die Wissenschaft eingeführt.

So heifst es schon in der Püttmann-Baetke'schen Dissertation gegen Ende, S. 351 f.: Ceterum inter animum occidendi *purum s. simplicem* et *eventualem s. conditionalem* nihil interesse existimo. Nihil referre puto, caedens simpliciter mortem alteri intentaverit, an vulnus ei inferre voluerit, ita tamen, ut etiam in mortem eius, si vulnus forte letiferum fiat, consenserit. Nae, qui hoc fecit, utique homicidii dolosi reus est, quia adversarii mortem, etsi sub conditione . . . optavit. Et fortasse ipsi distinctionis inter animum occidendi directum et indirectum auctores hanc, cuius modo mentionem fecimus, inter animum occidendi purum s. simplicem, et eventualem s. conditionalem, distinctionem in mente habuerunt, magisque in verbis, quam re ipsa errarunt.

Quisquis igitur aliquid facit, unde alterius mortem aut necessario, aut probabiliter saltem secuturam esse scit, ille non potest non in eiusdem mortem consentire, ideoque homicidio doloso sese allegat.[5]) Der Streit um die Sache wird schon hier zu einem Streit um den Namen.

Der alte, durch die Eventualergebung in den Erfolg gekennzeichnete dotus indirectus erhielt durch den Grafen Soden[6]) seine richtige Stellung und seinen richtigen Namen. Der sogenannte indirekte Vorsatz — so wird ausgeführt — pafst nicht als eine Gattung unter das Geschlecht des Vorsatzes, weil bei ihm die charakteristische Note des Vorsatzes: die bestimmte Absicht, fehlt; er pafst aber ebenso wenig unter das Geschlecht der Fahrlässigkeit; er bezeichnet eine besondere, zwischen beiden stehende Stufe der moralischen Qualität, für welche Soden den ausgezeichneten Namen „*einwilligende Schuld*" vorschlägt. Die Strafe hat an die Dolusstrafen anzuschliefsen, und wird um so gröfser sein, mit je gröfserer Leichtigkeit der Nachteil vorherzusehen war.

Soden ist meines Wissens der erste Jurist, der mit der herkömmlichen Zweiteilung der Schuldformen offen gebrochen hat. Dafs er in

5) Und das ist derselbe Autor, der zu Anfang seiner Arbeit Christianis Argumente gegen den Satz: qui consentit in antecedens, non potest non consentire in consequens, wacker abgeschrieben und durch ein nicht ungeschicktes Beispiel ergänzt hatte. Es dringt eben trotz aller Überlegung immer wieder das Bedürfnis nach einer ausreichenden Bestrafung der Wissentlichkeit durch, und dieses Bedürfnis kann unter dem Banne der überlieferten Zweiteilung der Schuldformen nicht anders befriedigt werden, als durch Einreihung der schwereren Formen der Wissentlichkeit unter den dolus. In ähnlichen Bahnen bewegen sich auch die Arbeiten v. Eckarts und Semers; ganz unbedeutend Grosse. Die Entscheidung wurde erst durch Feuerbach herbeigeführt, dessen Ansichten unten näher dargestellt werden; aus späterer Zeit wären als Beispiel für die Beibehaltung der psychologischen Basis des dolus indirectus etwa anzuführen v. Weber, N. Arch., VII, 568; Temme, Tötung, 73.

6) L. c. I, 16 ff.

Wahrheit vor dem römischen Dolusbegriffe mehr Achtung hatte, als jene, die diesen Begriff durch das gewaltsame Hineinpressen fremder Thatbestände sprengten, brauche ich wohl nicht hervorzuheben. Sein schlichter und klarer Vortrag hat offenbar grofsen Eindruck gemacht: Zeuge der Umstand, dafs seine Ansicht noch bis in die neueste Zeit hinein mit Achtung erwähnt zu werden pflegt. Aber zunächst hatte niemand den Mut, ihm zu folgen; denn zwei grundfalsche Sätze waren damals wie heute allen Kriminalisten in Fleisch und Blut übergegangen: dafs die Schuld in dolus und culpa zerfalle, und dafs schwere Strafen nur bei Vorliegen von dolus gerechtfertigt seien. Und am allerwenigsten konnte die naturrechtliche Schule sich der Macht des Herkommens entziehen, trotzdem, oder vielleicht besser, weil sie die historische Seite des Rechtsstudiums gering achtete. Denn den gröfsten (oft unbewufsten) Respekt hat jedermann, insbesondere jeder Litterat, vor Dingen, die er nicht genau kennt.

Die Arbeit Sodens bildet den Übergang zur modernen Doktrin, als deren erster Vertreter Klein zu bezeichnen ist.

Vor Klein war es üblich, den dolus als einen Fehler des Willens, die culpa als Mangel des Verstandes zu charakterisieren. Angeregt durch einen Aufsatz Mendelssohns[7]) und durch mündlichen Gedankenaustausch mit dem Philosophen stellt nun Klein den Grundsatz auf, *dafs die Zurechnung einer Handlung allemal einen Fehler des Willens voraussetze.* Unter dem Willen ist hier nicht etwa ein einzelner Willensakt, sondern ein ständiges Vermögen der Seele zu verstehen: „das Vermögen, sich vermittelst eines Entschlusses zu einer Handlung zu bestimmen.“[8]) Der Vorsatz ist *positiv-böser* Wille; die Fahrlässigkeit ist Mangel des guten Vorsatzes, die zur Vermeidung gesetzwidriger Handlungen erforderliche Fähigkeit und Aufmerksamkeit auszubilden und anzustrengen: *negativ-böser* Wille.[9])

Den positiv-bösen Willen bezeichnet Klein regelmäfsig als *Vor-*

---

7) In der Berliner Monatsschrift v. J. 1784, S. 301 (citiert nach Klein); auch auf Feuerbach war M. von Einflufs; s. Revision, II, 57.

8) Arch. I, 2, 57. Anschliefsend an die damalige Psychologie, welche die einzelnen psychischen Akte auf gesonderte Vermögen der Seele („Willensvermögen“, „Erkenntnisvermögen“ u. dgl.) zurückführte. Diese Auffassung blieb noch lange mafsgebend.

9) Annalen, XII, 186; Grunds. § 120; Arch. I, 2, 60f. Renazzi, der mir derzeit nicht erreichbar ist, soll eine ähnliche Theorie aufgestellt haben; nach Wächter, Lehrbuch, § 79. Kleins Lehre steht und fällt mit der Lehre von den gesonderten Vermögen der Seele. Überdies täuscht sie durch Worte. Der „negativ-böse Wille“ ist korrekt ausgedrückt „Nichtthätigkeit des Willensvermögens in gutem Sinne“, also ein non-ens. Aber dieser richtige Ausdruck war natürlich unbrauchbar. Vgl. Feuerbach, Revision, II, 49f.; Stübel, gefährliche Handlungen, 281f. Ferner ist gegen diese Theorie einzuwenden, dafs ein Mangel des guten Willens, den schlimmen

*satz;* dieser ist von der *Absicht* wohl zu unterscheiden. Das letztere Wort ist nicht ganz klar gebraucht; neben der vorwiegenden Bedeutung „Wollen des Erfolges“ [10]) erscheint es auch als „Absicht, das Gesetz zu verletzen, um es zu verletzen.“ [11]) Zu „*materialen*“ Delikten, bei welchen „der Begriff derselben durch die Hervorbringung einer gewissen Wirkung bestimmt“ ist, erfordert der Autor Absicht [12]), im allgemeinen genügt der Vorsatz. Dieser Vorsatzbegriff Klein's ist einfach aus dem dolus indirectus gebildet [13]), unter stillschweigender Weglassung des allmählig absterbenden Requisites des versari in re illicita. Dieser Vorsatz fällt also ganz in das Gebiet der von mir so genannten Wissentlichkeit. Er ist vorhanden, wenn jemand „wissentlich etwas unternimmt, woraus gesetzwidrige Folgen nach seiner eigenen Überzeugung entstehen können“ [14]), und stuft sich ab nach der Evidenz und Klarheit der Voraussicht: „Denn die Bosheit ist ohne Zweifel gröfser, wenn der Handelnde weifs, dafs die gesetzwidrige Wirkung notwendig sei, als wenn er sie nur für möglich hält; und im letzteren Falle wird man wiederum die Wahrscheinlichkeit von der blofsen Möglichkeit unterscheiden müssen .... Wer sieht nicht also, dafs es zum positiv-bösen Willen genug sei, wenn der Handelnde zur Zeit der Handlung wufste, dafs die gesetzwidrige Wirkung seiner Handlung möglich sei, und er sich dennoch diesen Ausgang der Handlung gefallen liefs.“ [15])

Nach den zwei für die Voraussicht des Erfolges mafsgebenden Momenten, der Wahrscheinlichkeit seines Eintrittes und der Deutlichkeit, mit der diese Wahrscheinlichkeit gesehen wird, teilt Klein die gesetzwidrigen Handlungen in folgende Klassen ein [16]):

„1. Aus *boshaftem Vorsatz* unternommene, das ist, wenn die gesetzwidrige Wirkung der Handlung als *notwendige* Folge der Handlung *deutlich gedacht und gewollt* wurde.

2. *Vorsätzlich gesetzwidrige aber nicht boshafte*, das ist, wenn die

---

Erfolg zu vermeiden, überall dort ebenfalls vorhanden ist, wo die Folgen des Handelns juristischer Zufall sind, soferne nur der Thäter nicht an sie gedacht hat; denn auch hier hat er nicht den Willen gehabt, sie zu vermeiden.

10) Also übereinstimmend mit meiner Terminologie; vgl. Grunds. § 120; Arch. I, 2, 63; Arch. III, 1, 129. — Frank, Vorstellung und Wille, 7.

11) Arch. I, 2, 59. Meines Wissens hat Klein zuerst einen tieferen Unterschied zwischen Vorsatz und Absicht aufgestellt; vgl. auch Arch. III, 1, 129.

12) So zu Diebstahl, Brandstiftung, nicht zu Tötung. Arch. I, 2, 63 f. Die reinste Willkür.

13) K. selbst erklärt dies Grunds. § 123, Arch. I, 2, 64.

14) Arch. III, 1, 128.

15) Arch. I, 2, 61 ff. Vgl. eod. III, 1, 128: „aber ein Böses bleibt es noch immer, wenn jemand wissentlich etwas unternimmt, woraus gesetzwidrige Folgen nach seiner eigenen Überzeugung entstehen können.“

16) Grunds. § 122; schon vorher Annalen, XII, 187; vgl. Arch. III, 1, 127.

gesetzwidrige Wirkung als *notwendige* Folge der Handlung nur *undeutlich* gedacht, oder *gar nicht gewollt*, sondern nur *zugelassen* wird.

3. *Gefährliche*, wenn die gesetzwidrige Wirkung als *mögliche* Folge *deutlich* gedacht wird.

4. *Aus Mutwillen unternommene*, wenn nämlich die Handlung ohne deutliches Bewufstsein der Folgen, doch mit Gleichgiltigkeit gegen Folgen aller Art gewagt wurde.

5. Solche, wobei ein negativ-böser Wille vorhanden ist (culpa)."

Diesem Einteilungskram liegt eine ganz verständige Würdigung der Wissentlichkeit zu Grunde. Klein rechnet die Klassen 1—4 zum Vorsatz. In einer Auseinandersetzung mit Feuerbach, der die Wissentlichkeit zur culpa zuteilt, äufsert sich Klein folgendermafsen: „Aber auch hierbei will ich allen unnützen Wortstreit, so viel als möglich ist, vermeiden; auch hier sind Herr Feuerbach und ich in der Sache selbst, wenigstens in Absicht auf den gefährlichen und mutwilligen Vorsatz, einiger als es scheint; denn ich nehme in meinem Kriminalrecht § 122 und 286 an, dafs der gefährliche und mutwillige Vorsatz nicht mit der gesetzlichen Strafe zu belegen sei, sondern mit einer solchen, welche dieser nahekommt; und Herr Feuerbach, welcher diesen Vorsatz unter die strafbarsten Grade der culpa rechnet, würde vermutlich auf gleiche Weise erkennen." [17])

Es wird manchen überraschen, dafs dieser Autor die Frage, ob eine bestimmte Schuldform zum dolus oder zur culpa zu rechnen sei, als Wortstreit bezeichnet, aber der Grund ist unschwer zu finden: es handelt sich für Klein lediglich darum, dafs für die einzelnen Stufen der Wissentlichkeit die nach seinem Empfinden richtigen Strafen ausgemessen werden, und nur damit dies möglich sei, erklärt er sie als Arten des Vorsatzes.

Besondere Aufmerksamkeit verdient die Theorie Stübels, der in vielen Beziehungen als Vorläufer Feuerbach's erscheint.[18]) Der böse Wille manifestiert sich nach Stübel in zwei Formen: vorsätzliche Verletzung und vorsätzliche Gefährdung. Wo keine dieser beiden Formen vorliegt, kann „eine Strafe in der eigentlichen Bedeutung des Worts" nicht statthaben. Unter dolus versteht Stübel die *Absicht*, das Wollen des Erfolges (er spricht von „Wünschen"); dabei setzt er voraus, dafs derjenige, der sich zu einer Thätigkeit mit der Überzeugung bestimmt, dafs daraus eine gewisse Veränderung *notwendig* entstehe, eben diese Veränderung auch wünschen müsse. Der Satz: qui consentit in antecedens, non potest non consentire in consequens, sei aber nur für diesen

---

17) Arch. III, 1, 129.

18) Über Stübel vgl. Binding, Normen II, 148 ff.; Frank, Vorstellung und Wille, 5 f. — Feuerbach scheint ganz unabhängig von Stübel gearbeitet zu haben.

Fall richtig. Die minder schweren Formen der Wissentlichkeit bilden die culpa; diese ist: „der Entschluſs zu einer Handlung mit dem Bewuſstsein, daſs daraus *wahrscheinlich* eine andere in einem peinlichen Gesetze ausdrücklich verbotene Handlung entstehen könne, ohne die Absicht, diese zu bewirken.“ Die Grade dieser Kulpa teilt er ab nach der Gröſse der Wahrscheinlichkeit, mit welcher der Erfolg vorausgesehen worden. Die sogenannte unbewuſste Kulpa kann nur zu polizeilichen Maſsnahmen Anlaſs geben. Stübel ist sich darüber vollkommen klar, daſs seine Kulpa dem entspricht, was die ältere Doktrin als dolus indirectus bezeichnet hat.[19])

Nicht besonders hervorragend sind die Arbeiten v. Grolmans; auch er ist nur als Vorläufer Feuerbachs zu erwähnen. Ihm ist der (freie) Wille Träger der Verantwortlichkeit; daher steht auch die Culpa mit dem Willensvermögen in enger Beziehung. Auch v. Grolman rechnet die Wissentlichkeit zur Culpa.[20]) Daneben sucht er nach einer Konstruktion für die unbewuſste Fahrlässigkeit, die irgend mit dem Willensprinzip vereinbar wäre. „Der Handelnde unterlieſs freiwillig die Aufmerksamkeit, welche er dem Gesetze schuldig war .... versetzte sich freiwillig in einen Zustand, wo er wuſste, daſs er für die in demselben gefaſsten Entschlüsse nicht stehen könne.“ Also eine Analogie mit der sogenannten actio libera in causa.[21]) Später schloſs

19) Die Darstellung Stübels ist ziemlich kompliciert; zu dem obigen wäre etwa zu vergleichen: System II, 58 f., 64, 72, 74; Gefährl. Handlungen 285, 293 ff., 301. — In der Begriffsbestimmung und den Einteilungen der Kulpa schlieſst sich Stübel enge an die Lehren Filangieris an; vgl. dessen System, IV, § 37, S. 249 der cit. Ausg.: „Bei der Schuld ist wohl der Wille, das Gesetz zu übertreten, nicht vorhanden, aber doch der Wille, sich der Gefahr, es zu übertreten, auszusetzen“; eod. S. 251 f.

20) Sehr bezeichnend die citierte Abhandlung, S. 26 f.: „Ich finde, wenn ich das ganze Gebiet der subjektiven Gesetzwidrigkeit durchwandere, nur *vier* verschiedene Fälle des Verhältnisses, in welchem der Handelnde zu seiner Handlung stehen kann ..... [folgt Aufzählung; es sind zwei Fälle von Wissentlichkeit, zwei von Fahrlässigkeit] .... Indessen sind uns nur zwei Namen gegeben, welche diese vier Fälle alle umfassen sollen, Dolus und Kulpa sollen das Gebiet der Schuld, in welchem wir uns befinden, in zwei Teile teilen, wo finden wir ein Kennzeichen, das uns hier befriedigend zur Lösung dieser Aufgabe dienen kann?“ Mit diesen an sich ganz lächerlichen Sätzen spricht v. Grolman den Grundzug der ganzen zeitgenössischen Dolustheorie aus. Man sah sehr wohl die Besonderheiten der Wissentlichkeit. Statt aber einfach zu sagen: Das ist eine Schuldform, an welche die Römer nicht gedacht haben, für die wir daher ein neues Fach aufthun und einen neuen Namen finden müssen, suchte man sich, als ob die Zweiteilung der Schuldformen ein unantastbares Heiligtum wäre, mit den zwei Fächern und den zwei Namen zu behelfen. Da wurde nun die Wissentlichkeit bald dahin, bald dorthin geworfen — nirgends wollte sie sich zwanglos einfügen.

21) S. 33 der cit. Abhandlung.

er sich der Modifikation, welche diese Lehre durch Feuerbach erfahren hatte, an.[22])

Den Grundstein für eine fünfzigjährige Entwickelung der Schuldlehre hat Feuerbach[23]) gelegt. Bei ihm ist diese Lehre ein fest und genau eingefügter Teil des wissenschaftlichen Systems; sie hängt aufs innigste mit seiner Theorie des psychologischen Zwanges zusammen.[24]) Aus dem Zwecke der Strafe, als Gegenmotiv das Verbrechen zu verhindern, folgt der allgemeine Satz: „*Jedes vorhandene Strafgesetz kann nur für den Fall gegeben sein, wo es als Strafgesetz wirksam sein kann, wo die physische Möglichkeit seiner Wirksamkeit zur Verhinderung der That begründet ist.*“ Es mufs also in jedem konkreten Falle die Möglichkeit bestanden haben, dafs die Strafdrohung als Motiv wirksam wurde. „Hieraus ergibt sich denn, dafs jedes Gesetz und jede Strafe als Bedingung voraussetzt 1) *Bewufstsein und Kenntnis des Strafgesetzes.* Denn wo keine Vorstellung von dem Gesetz, von der Verbindlichkeit die Handlung zu unterlassen und von der Strafe als Bestimmungsgrund der Unterlassung ist, da ist es auch nicht möglich, dafs die Drohung, die nur vermittelst der Vorstellung derselben wirksam sein kann, auf das Gemüth Einflufs haben könne. 2) *Subsumtion der begangenen That unter das Gesetz.* Denn das Gesetz A soll durch die Vorstellung desselben die in ihm ausgedrückte Handlung B verhindern.“ Das könne aber nur geschehen, wenn der Thäter weifs, dafs seine Handlung unter das Gesetz fällt. Schliefslich „3) *Es mufs das Factum in dem Begehren des Subjekts gegründet,* es mufs That sein. Denn wo das Einwirken des Begehrens auf die Kräfte des Menschen unmöglich ist, wo die rechtswidrige Handlung durch blofs mechanische Einwirkung äufserer Kräfte hervorgebracht wird, und mithin nicht in dem Begehren, das die Körperkräfte des Subjects zur Realisierung seiner Zwecke in Bewegung bringt, sondern in äufseren mechanischen Ursachen, welche die Kräfte des Subjects wider dessen Begehren determinieren, die Ursache der That begründet ist, da ist ebenfalls die Wirksamkeit des Strafgesetzes unmöglich; denn das Gesetz kann nur psychologisch wirken, hier aber kann das Factum nicht durch Vorstellungen, sondern allein durch mechanische Kräfte verhütet werden.“[25])

---

22) Grundsätze, §§ 45 ff. Dieser Anschlufs erfolgt jedoch nicht ohne ein arges Mifsverständnis; s. u. Anm. 32.

23) Vgl. Binding, Normen, II, 144 ff.; Frank, Vorstellung und Wille, 7 f. — Auf manches im folgenden übergangene Detail geht die Schrift von Krug, Dolus und Kulpa, mit treffender Kritik ein; p. 50 ff.

24) Dies erhellt insbesondere aus der „Revision“, II, 40 ff., an welche sich die obige Darstellung zunächst anschliefst.

25) Es ist klar, dafs F. unter „Begehren“ (a. a. O. „Begehrungsvermögen“) dasselbe versteht, wie Klein unter „Willensvermögen“. Das Postulat, dafs die verursachende Körperbewegung gewollt sein müsse, ist uns heute selbstverständlich.

Diese Anforderungen sind an jede strafbare Handlung zu stellen; sie treffen also auch die kulposen. Auch die culpa müsse auf einem *Willensfehler* beruhen [26]; ein bloſser Fehler des Verstandes sei unvermeidlich, ein zufälliges Naturereignis: der Mensch könne seinen Verstand nicht ändern. Unmöglich könne die culpa strafbar sein, wenn das Begehren keinen Antheil daran habe.[27] Daher sei rechtswidriger Vorsatz die Bedingung der Strafbarkeit der culpa. Feuerbach nimmt das Bestehen einer besonderen rechtlichen Verpflichtung zu gehöriger Aufmerksamkeit an, einer obligatio ad diligentiam.[28] Die culpa besteht in der vorsätzlichen, bewuſsten Übertretung dieses Gesetzes: „Denn die culpa wird nur begangen durch Unterlassung des schuldigen Fleiſses, wird nur strafbar, weil das Gesetz, welches die gehörige Aufmerksamkeit und Anstrengung zur Vermeidung des gesetzwidrigen Factums zur Pflicht macht, mit dem Bewuſstsein desselben übertreten worden .... Diejenigen haben daher vollkommen recht, welche es als ein wesentliches Merkmal der culpa betrachten, daſs der gesetzwidrige Erfolg (als möglich oder wahrscheinlich) *vorausgesehen* worden sein müsse.[29] Denn der Verbrecher muſs die Handlung, durch welche er die culpa begeht, unter das Gesetz gegen die Nachlässigkeit subsumiert haben; und dies ist nur unter jener Voraussetzung möglich."

Es ist sehr interessant zu verfolgen, wie Feuerbach durch beide von ihm aufgestellten Prinzipien (die Strafe muſs als wirksames Motiv möglich gewesen sein, die Schuld muſs auf einem Willensfehler beruhen) in streng logischer Deduktion gezwungen wird, die *Wissentlichkeit* [30] allein als strafbare culpa anzuerkennen. In späteren Arbeiten sucht er das Gebiet der strafbaren Schuld gegen die unbewuſste culpa, von ihm „*mittelbare*" Fahrlässigkeit genannt, zu erweitern.[31] Aber stets

---

26) Gegen die damals herrschende Ansicht, die in der culpa einen Verstandesfehler erblickte; ebenso auch gegen Klein, dessen „negativ-böser" Wille sehr richtig als Negation des Willens bezeichnet wird. Wie der letztere, so beruft sich auch F. auf Mendelssohn. — Von den Vorläufern dieser Theorie (s. o. S. 162, 172) hat weder Feuerbach, noch einer seiner Zeitgenossen Kenntnis; wie überhaupt historisches Wissen in dieser naturrechtlichen Epoche des Strafrechts nicht zu finden ist.

27) Man beachte die scharfe Sonderung der beiden seelischen „Vermögen".

28) Vgl. auch Betrachtungen, 208 ff., 220 ff.

29) F. beruft sich hier auf Filangieri, Syst. Bd. IV, Kap. 37, von dem er offenbar stark beeinfluſst ist; und auf Grolmans Abhandlung; dagegen auffallender Weise nicht auf Stübel.

30) Genauer: die Wissentlichkeit mit Ausschluſs ihrer schwersten Form: Voraussicht des Erfolges als eines notwendigen; diesen Fall rechnet er zweifellos zum dolus.

31) Betrachtungen, 223 ff.; Kritik II, 59 f.; Lehrb. 7. A. § 54 f.; 14. A. § 55 ff. Es würde zu weit führen, diese verschiedenen Einteilungen darzustellen und zu untersuchen, wie weit F. dabei seinen ursprünglichen Grundsätzen getreu bleibt.

mufs er als Mindestmafs der Schuld verlangen, dafs der Thäter bei Vornahme der Handlung das Bewufstsein gehabt habe: Jetzt handle ich fahrlässig und übertrete die gesetzliche obligatio ad diligentiam.[32]) Den Hauptstock der culpa bildet jedenfalls auch in den jüngeren Werken die Wissentlichkeit.

Dagegen ist Dolus: „die Bestimmung des Willens (Begehrungsvermögen) zu einer Rechtsverletzung als Zweck mit dem Bewufstsein der Gesetzwidrigkeit des Begehrens.“[33]) Der Zweck (der übrigens nicht mit dem Endzweck zu verwechseln ist), geriet wohl nur als ein Überbleibsel der Wolf'schen Lehre (s. oben S. 178) in diese Definition und aus derselben in die spätere Theorie; thatsächlich verlangt Feuerbach nichts anderes, als dafs der verbrecherische Erfolg *gewollt*, in der *Absicht* des Thäters gelegen gewesen sei; das blofse Voraussehen genügt zum Dolus nicht.[34])

So gelangt Feuerbach zu einem einheitlichen Schuldbegriff, den er in folgende Formel fafst: „Die Bestimmung des Begehrens zur Übertretung eines Strafgesetzes, mit dem Bewufstsein der Übertretung, ist der höchste und letzte Grund aller äufseren Strafbarkeit.“

Der Dolusbegriff Feuerbach's ist so klar und eindeutig, dafs er einer weiteren Erklärung weder bedarf, noch auch fähig ist; eine solche fehlt auch gänzlich in der Revision; erst in den späteren Arbeiten stellt Feuerbach die Unterarten von dolus determinatus einerseits, dolus indeterminatus s. eventualis anderseits auf, während er den dolus indirectus entschieden ablehnt.

Die letztere Ablehnung begründet Feuerbach im Anschlusse an

---

32) Treffend bemerkt dagegen Klein, Arch. d. Criminalr. III, 1, 134 f., dafs ein solcher Vorsatz, nicht aufmerksam zu sein, wohl seit Erschaffung der Welt nicht gefafst worden sei; so auch Stübel, gefährl. Hdlgn. 285; v. Grolman, der sich im allgemeinen an Feuerbach anschliefst, sucht dieser Schwierigkeit auszuweichen; er unterscheidet *dolose* Verletzung der Verbindlichkeit zur Sorgfalt und Besonnenheit („nahe Culpa“, d. i. Wissentlichkeit) und *culpose* Verletzung derselben, welche der unbewufsten Fahrläfsigkeit entsprechen soll; Grunds. § 48. Damit ist natürlich die ganze Konstruktion Feuerbachs über den Haufen geworfen; denn jetzt bleibt die Culpa, mit der die obligatio ad diligentiam übertreten wird, ein unlösbares Rätsel, da man doch nicht eine zweite obligatio zur Beachtung der obligatio ad diligentiam wird annehmen wollen. — Binding, Normen, II, 146, bringt einen weiteren, sehr feinen Einwand, der von der Normentheorie losgelöst etwa so lauten würde: Bei der mittelbaren Fahrlässigkeit liegt stets nur vorsätzliche Übertretung der einheitlichen obligatio ad diligentiam vor; wie soll sich nun die Vorsätzlichkeitsbeziehung zu den nicht gekannten einzelnen Folgen (Tod, Brand) herstellen? Vgl. schon Köstlin, Revision, 230 f.

33) Revision, II, 61 f.; Betracht. 199; Kritik, II, 40; Lehrb. 14 A. § 54.

34) Nach meiner Einteilung: Absicht, aber auch Voraussicht des Erfolges als eines notwendigen; oben Anm. 30. Vgl. Revision, II, 62; Betrachtungen, 204; Kritik, II, 40.

Christiani durch die Negation der psychologischen Grundlage dieser Dolusform. Es sei unrichtig, dafs der über die Absicht hinausgehende Erfolg von dem Thäter irgend gewollt sei. „Der Verbrecher *wagt* zwar auf jene Folge hin seine an sich rechtswidrige Handlung, man kann auch sagen, dafs er die Möglichkeit ihrer Entstehung billige. Aber darum liegt sie noch nicht in seiner Absicht . . . Wer eine an sich *unschuldige* Handlung unternimmt, aber einsieht, dafs daraus leicht eine Verletzung entstehen könne, ist in Beziehung auf diese Verletzung ganz in demselben Verhältnisse wie jener. Um seine Absicht zu erreichen, wagt er ein Verbrechen. Warum nehmen wir denn hier keinen indirekten Dolus an?“[35]) Der dolus indirectus sei daher weiter nichts, als culpa, die durch eine dolose Handlung begründet wird; wir würden heute sagen: Idealkonkurrenz von doloser (leichter) und kulposer (schwerer) Verletzung.[36]) Feuerbach schlägt dafür den sehr irreführenden Namen *culpa dolo determinata* vor.[37])

Die Ablehnung des dolus indirectus ist aber bei Feuerbach nur eine scheinbare und ganz äufserliche. In Wahrheit ist er weit abhängiger von den bei Gelegenheit des dolus indirectus entwickelten Rechtsgedanken, als er glaubt; sie bestimmen den von ihm so genannten *dolus indeterminatus*[38]) *s. eventualis*. Den dolus *determinatus* beschreibt er: „1) Wenn das entstandene Verbrechen *ausschliefsend* Absicht des Verbrechens war. A hat getötet und seine Absicht war zunächst keine andere als der Tod, auf diesen gieng allein sein Wille aus.“ Dagegen hat der *dolus indeterminatus* zwei verschiedene Erscheinungsformen: „2) Nicht weniger ist ein Verbrechen aus bösem Vorsatze anzunehmen, wenn dasselbe zwar nicht auschliefsend Zweck des Verbrechers war, dieser aber eine Handlung in der Absicht unternommen hat, *damit das eine oder das andere Verbrechen*, welches aus seiner Handlung entstehen kann, hervorgebracht werde, und wobei es ihm gleichgültig war, welches Verbrechen wirklich entstehe. Kurz, die auf Verbrechen, obgleich nicht auf ein bestimmtes einzelnes Verbrechen, gerichtete Absicht, verbunden mit absoluter Gleichgültigkeit gegen die

---

35) Betrachtungen, 234 ff., 241. — Wir werden sogleich sehen, wie F. selbst dem von ihm so scharf gekennzeichneten Irrtum verfällt.

36) Vgl. o. S. 171, Anm. 71.

37) In der That ist der klassische dolus indirectus zu kennzeichnen als Konkurrenz von Absicht (z. B. auf Körperverletzung) und Wissentlichkeit (z. B. mit Bezug auf Tötung). *Da F. die Wissentlichkeit als culpa auffafst, so ist seine Ausführung nicht unrichtig. Seine Formel wurde aber von vielen angenommen, die unter culpa etwas ganz anderes verstehen, und hat zu den ärgsten Mifsverständnissen geführt.* Vgl. z. B. o. S. 196 und die ganze hier folgende Entwicklung.

38) Soweit ich sehe, hat F. diese Dolusform und ebenso ihren Namen geschaffen; zuerst in seinen Betrachtungen, 229 ff.; erweitert in Kritik, II, 40 ff., welche Stelle ich oben zu Grunde lege; Lehrb. 14. A. § 59.

Wirkung der verbrecherischen Handlung, begründet in Ansehung des aus dieser Handlung entstandenen Verbrechens einen Dolus.“ Beispiel: eine unnatürliche Mutter, die ihr Kind peinigt, um ihre Bosheit zu üben; „ob Krankheit oder Tod erfolge, das war ihr gleichgültig, und mithin ist eine vorsätzliche Tötung anzunehmen. Denn auch Tod, obgleich nicht ausschliefsend Tod, lag in ihrer Absicht.“

Dieser dolus indeterminatus hat seither auch unter den Namen *dolus generalis*, *dolus alternativus*[39]) eine grofse Verbreitung erlangt. Er beruht auf ganz falschen Gedankengängen. Wenn wir an dem Beispiele Feuerbach's untersuchen sollen, ob die Mutter den Tod des Kindes dolos herbeigeführt habe, so kann doch für uns dabei nur mafsgebend sein, ob das konkrete Verhältnis ihrer Psyche zu dem Erfolge Tod unter unseren Dolusbegriff fällt oder nicht; und dafür mufs es unbedingt gleichgültig sein, ob ihre Psyche gleichzeitig zu einem anderen Erfolge in Dolusbeziehung gestanden ist. Entweder wird bei dem dolus indeterminatus für jeden der Erfolge, wenn sie unter den dolus einbegriffen sein sollen, die gleiche Beziehung zur Psyche verlangt, wie bei dem gewöhnlichen dolus; dann ist die ganze Einteilung eine schädliche und verwirrende Überflüssigkeit; oder es wird, wie gewöhnlich, eine minderwertige Beziehung zugelassen: dann bewegt man sich sofort in den Bahnen des Gedankens vom versari in re illicita.[40])

Noch deutlicher wird dies an der zweiten Modalität des dolus indeterminatus, die Feuerbach folgendermafsen beschreibt: „3) Endlich ist auch dann ein Dolus anzunehmen, wenn jemand in der Absicht ein bestimmtes Verbrechen zu üben, eine Handlung unternommen hat, von welcher er wufste und einsah, dafs sie leicht oder wahrscheinlicherweise ein anderes Verbrechen hervorbringen werde und dieses nun wirklich hervorgebracht worden ist. Denn wer um ein gewisses Verbrechen auszuführen, das ihn zunächst interessiert, gleichgültig ist gegen die Folgen, die er in ihrem Naturzusammenhange mit seiner Handlung erkennt, der ist insofern in dem Fall Nr. 2.“[41]) Daraus folgt, dafs für Feuerbach bei beiden Arten des dolus indeterminatus die *Gleichgültigkeit gegen den vorausgesehenen Erfolg* das entscheidende Merkmal ist, also gerade das, was ihm bei Ablehnung des dolus in-

39) Vgl. Feuerbach, Lehrb., 14. A. § 59: „Die Absicht des Verbrechers war auf mehrere Rechtsverletzungen einer bestimmten Art oder Gattung *alternativ* gerichtet.“

40) Ähnlich die treffenden Einwände Kleins, Arch. d. Criminalr. III, 1, 126 f.

41) v. Weber, N. Arch. VII, 562 ff., hat den Fall sub No. 2 dolus alternativus, den Fall sub No. 3 dolus eventualis im engeren Sinne genannt, und darin vielfach Nachfolge gefunden; aufser dieser Leistung enthält der vielcitierte Aufsatz in den hier behandelten Fragen nichts, was nicht eben so schon bei Feuerbach stände. Eine noch weiter getriebene Einteilung s. bei Gefsler, Begriff und Arten des Dolus, 101 ff.

directus *nicht* ausreichend schien, um den Dolus zu konstituieren. Der Fall sub Nr. 2 ist die denkbar getreueste Wiedergabe des klassischen dolus indirectus.[42]) Und wir können dem Autor seine eigenen trefflichen Worte entgegenhalten, die wir bereits oben citiert haben: „Wer eine an sich *unschuldige* Handlung unternimmt, aber einsieht, dafs daraus leicht eine Verletzung entstehen könne, ist in Beziehung auf diese Verletzung ganz in demselben Verhältnisse wie jener. Um seine Absicht zu erreichen, wagt er ein Verbrechen. Warum nehmen wir hier keinen dolus [alternativus s. eventualis] an?"

Dafs die Gleichgültigkeit gegen die Rechtsverletzung unmöglich als eine „Bestimmung des Willens zu der Rechtsverletzung als Zweck" angesehen werden kann, liegt klar auf der Hand. Feuerbach sprengt demnach seinen eigenen Dolusbegriff.

Durch die unter Nr. 3 beschriebene Schuldform ist eigentlich die culpa dolo determinata im Sinne Feuerbach's erledigt, wenigstens soweit es sich um bewufste culpa handelt. Trotzdem erscheint diese Schuldform noch einmal bei Besprechung der culpa. Auch hier wieder ist der Ungedanke des versari in re illicita von gröfstem Einflusse: „War diese Handlung oder Unterlassung schon an sich unerlaubt, oder geschah sie in Beziehung auf einen unerlaubten Zweck, so ist die aus ihr entsprungene culpose Übertretung schwerer, als wenn sie an sich erlaubt gewesen wäre und blofs wegen ihres ursachlichen Zusammenhanges mit einem gesetzwidrigen Erfolg hätte unterlassen werden sollen. Kurz, das Dasein oder Nichtdasein anderer Verbindlichkeiten aufser der allgemeinen Verbindlichkeit zum gehörigen Fleifs, sowie die Verschiedenheit in der Gröfse und Wichtigkeit jener Verbindlichkeiten, bestimmen einen Unterschied in den Graden der Culpa. Wer, indem er Wilddieberei ausübt, aus Fahrlässigkeit einen Menschen tötet . . . ., *dessen Versehen ist unstreitig gröfser*, als wenn, bei sonst gleichen Voraussetzungen, das Faktum, welches die Übertretung hervorbrachte, nicht schon an sich, d. h. ohne Rücksicht auf den nicht beabsichtigten gesetzwidrigen Erfolg, unerlaubt gewesen wäre." Hier wird also in das historisch Gewordene der sonderbare Gedanke hineinphilosophiert: „Wer in re illicita versiert, ist zu erhöhter Diligenz verpflichtet."[43]) Noch

---

42) F. wirft wiederholt den älteren Rechtslehrern vor, dafs sie den dolus indeterminatus s. eventualis mit dem dolus indirectus „verwechseln"; Betrachtungen, 232 f., Lehrb. 14. A. § 59 Anm. 1. Ein arges quiproquo; F. hat dem Kind einen neuen Namen gegeben und beschuldigt nun diejenigen, welche den alten Namen gebrauchen, der Unterschiebung. In diesem Sinne charakterisieren F.s Verhältnis zur älteren Doktrin Semer, Betrachtungen, 14 ff.; Jarcke, Handb. I, 197 f.; Krug, Dolus und Culpa, 59 f.

43) Kritik II, 52 f. in dieser Beziehung übereinstimmend mit dem kritisierten Entwurfe, §§ 828—830; vgl. allgem. Landr. f. d. preufs. Staaten, II, 20, § 29. Diese Auffassung ist so willkürlich, dafs ich anfänglich glaubte, auf sie gar nicht eingehen

weiter geht schliefslich die Anpassung an das Hergebrachte im Lehrbuche, wo wir bei Gelegenheit der culpa dolo determinata durch folgende Anmerkung überrascht werden: „Ob übrigens die *Gesetzgebung* Grund haben könne, diese *culpa dolo determinata* geringer als den *dolus indeterminatus* zu strafen? hoffe ich an einem anderen Orte befriedigend mit *nein* zu beantworten.“ 44) Damit ist für jedermann klar gemacht, dafs Feuerbach's Kampf mit dem dolus indirectus sachlich mit einer vollständigen Niederlage geendet hat. Das Resultat seiner Bemühungen ist, dafs diese Schuldform zwei neue Namen erhalten hat (dolus indeterminatus, culpa dolo determinata), welche in der Folge die gröfste Verwirrung erzeugen sollten. Der psychologische Thatbestand und ebenso die Veranschlagung der Strafwürdigkeit sind durchaus gleich geblieben.

Die Schuldlehre Feuerbach's wurde in ihren wesentlichen Zügen von dem überwiegenden Teile der Doktrin acceptiert.45) Abweichungen in dem einen oder anderen Punkte sind selbstverständlich. Als solche wären zu erwähnen: Bei Gelegenheit des dolus eventualis wurde das unverständige Erfordernis des versari in re illicita teils stillschweigend, teils ausdrücklich fallen gelassen.46) Für die culpa dolo determinata wurde der einzige korrekte Gesichtspunkt zur Geltung gebracht, dafs bei diesem Falle von Idealkonkurrenz auch die Regeln der Idealkonkurrenz anzuwenden sind.47) In der Konstruktion der Culpa weichen

---

zu müssen. Zu meinem Erstaunen wurde mir vor kurzem das gleiche Argument von seiten eines von mir hochgeschätzten Kriminalisten zur Verteidigung der modernen Gesetzgebung wiederholt. Ich bemerke daher folgendes: Posito, non concesso, der Wilddieb sei zu höherer Achtsamkeit auf fremdes Leben verpflichtet, als der Förster. Keinesfalls kann aber seine Fahrlässigkeit jenen Grad übersteigen, den die gröbliche Verletzung besonderer Berufspflichten zur Aufmerksamkeit erreicht; man denke an den Arzt, der während einer gefährlichen Operation die einfachsten Vorsichten aufser acht liefse. Und nun vergleiche man, wie verschieden nach Feuerbachs Regeln die fahrlässige Tötung in beiden Fällen bestraft werden soll. — Nicht besser sind die für die gewohnheitsmäfsige Ansicht ins Treffen geführten Gründe bei v. Almendingen, l. c. 127ff.; Oersted, Grundregeln, 299ff.; Bauer, Anmerkungen, II, 158; Heffter, Neues Arch. d. Criminalr. XII, 286.

44) Lehrbuch 7. Aufl. § 59, Anm. b. a. E. Diese Antwort ist übrigens nicht erfolgt.

45) Auf dem Boden der Feuerbach'schen Lehre bewegen sich u. A.: Tittmann, § 92ff.; Oersted, Grundregeln, 228 ff.; Martin, § 32 ff.; Henke I, § 55 ff.; Wächter, § 77 ff.; v. Weber, N. Arch. VII; Bauer, § 49 ff. und Abh. I, 245 ff.; Jarcke I, §§ 20, 26 ff., III, § 45; Heffter, § 64 ff.; Abegg, § 78 ff.; Marezoll, § 30 ff.; Geib II, 256 ff.

46) Vgl. Bauer, Anmerkungen, II, 148; Abh. I, 296 f.; später kam Berner auf diesen Punkt energisch zurück. S. u. S. 224.

47) So v. Grolman, Grundsätze, § 263, III; Winssinger, l. c. 78 ff.; v. Weber, l. c. 580; Henke I, § 56; Bauer, § 57; Abh. I, 300 ff.; Abegg, § 87; Temme, Lehrb. d. preufs. Strafr. 248.

viele von Feuerbach ab, da seine Theorie den Fällen der unbewufsten Kulpa offenbar nicht gerecht wurde; man griff auf Kleins „negativbösen" Willen zurück.[48]) Nur wenige kamen zur Einsicht, dafs die Kulpa nicht auf einem Willensfehler beruhe.[49])

Nicht wenige Autoren haben sich jedoch von der herrschenden Lehre befreit und sind ihren eigenen Weg gegangen. Die bemerkenswertesten dieser Versuche, das Schuldproblem zu lösen, sollen hier dargestellt werden.

Scheinbar im heftigsten Gegensatze zu Feuerbach bewegt sich die hochinteressante Schrift v. Almendingens.[50]) Doch besteht der eigentliche Widerspruch nur darin, dafs er *die Wissentlichkeit zum Dolus rechnet:* „Wer es weifs, dafs er sich der Gefahr aussetze, eine objektive Illegalität zu realisieren, wer wenigstens weifs, dafs er des Gegenteils nicht gewifs sei, hat nicht blofs *mögliches,* sondern *wirkliches* Bewufstsein der Illegalität, und kann sich durch keinen Trugschlufs entschuldigen .... Wer die Möglichkeit der Illegalität voraussieht, .. hat sie *eventuell in sein Begehren aufgenommen.*" [51])

Das ist also derselbe Gedanke der Eventualergebung in den nicht beabsichtigten Erfolg, welcher die psychologische Grundlage des klassischen dolus indirectus bildet.

Unter Kulpa versteht v. Almendingen lediglich die sogenannte unbewufste Kulpa, nach meiner Terminologie Fahrlässigkeit. Von dieser sagt er aus, dafs sie reiner Verstandesirrtum, wie der Dolus reiner Willensfehler sei; die Strafe ist hier ein blofses „Erfahrungsübel", dazu bestimmt, bei nächster Gelegenheit die Aufmerksamkeit des Thäters zu unterstützen.[52]) In diesem Punkte besteht mit den meisten seiner Gegner gar kein sachlicher Streit; denn wenn Stübel, Grolman, und insbesondere Feuerbach die Kulpa als einen Willensfehler bezeichnen, so verstehen sie unter derselben etwas ganz anderes als v. Almendingen, nämlich die Wissentlichkeit. Ja, wir haben gesehen, dafs Feuerbach gerade deswegen die unbewufste Kulpa nicht unterbringen

---

48) Vgl. Michelet, Diss. cit. 43; Kleinschrod, N. Arch. VI, 46; Wächter, § 77; Henke, I, 353; Jarcke, I, 203; zum Bach l. c. 187; v. Weber, N. Arch. X, 451; Berner, Imputation, s. u. Anm. 71; v. Wick, Vorsatz und Absicht, 6f.

49) So Salchow, § 62; Marezoll, § 32.

50) Vgl. Frank, l. c. 9ff., der diesen Autor als den wissenschaftlichen Begründer der „Vorstellungstheorie" feiert. Doch hat v. A. gerade die Doluslehre mehr durch glänzende Darstellung, als durch neue Ideen gefördert. Wirklich geistvoll dagegen finde ich seine Ausführungen über die Kulpa, auf welche ich im zweiten Bande zurückkommen werde.

51) l. c. 16ff.; vgl. eod. 46.

52) Vgl. die Zusammenfassungen p. 109, 259. — Temme, Lehrb. d. preufs. Strafr. 235f.

konnte, weil er von dem Axiom ausging, jede Schuld müsse Willensschuld sein, und in der unbewufsten Kulpa eine Willensschuld nicht entdecken konnte.

In der letzteren Beziehung steht durchaus auf dem Boden der Feuerbach'schen Lehre die von Luden vertretene, zu ihrer Zeit stark angefochtene Theorie.[53])

Luden geht von dem Satze aus, dafs jede Schuld eine Willensschuld sei; daher sei der Standpunkt v. Almendingens verwerflich; man habe seitdem „allgemein die Notwendigkeit erkannt, dafs der Beweis geführt werden müsse, die culpa sei in der That verbrecherischer Wille, um die Strafbarkeit derselben überhaupt zu rechtfertigen.“[54]) Wenn ein Theoretiker einmal so weit ist, dann wird er niemals einsehen wollen, dafs ihm dieser Beweis nicht gelungen sei.

Vor allem ist Luden so vorsichtig, seinen Willensbegriff derart einzurichten, dafs die Wissentlichkeit bequem drinnen Platz hat. Dann zeigt er, wie das gewünschte Resultat so gar fein und leicht aus diesem Begriffe sich ergebe. Das ist der alte Kunstbegriff der deduktiven Methode, den wir noch öfter antreffen werden.

Also: „Der Wille kann nur in dem Gedanken bestehen, dafs aus der Handlung ein Erfolg hervorgehen werde“; er „besteht in der Entschliefsung zu einer Thätigkeit mit der Vorstellung, dafs ein gewisser Erfolg daraus hervorgehen werde.“[55])

Bei dem dolus stellt der Thäter sich vor, zu wissen, dafs zwischen seiner Handlung und der Rechtsverletzung Kausalzusammenhang stattfinde; bei der culpa dagegen ist er sich bewufst, nicht zu wissen, dafs kein Kausalzusammenhang stattfinde zwischen seiner Handlung und der Rechtsverletzung. Mit dieser ebenso komplizierten als falschen Formel meint Luden zu sagen[56]): in dem einen Falle denkt er, dafs die Folge *jedenfalls, bestimmt* eintreten werde; in dem anderen, dafs sie *möglicherweise* eintreten werde.[57])

Also zwei Stufen der Wissentlichkeit.

---

53) Abhandlungen, II, 500 ff., etwas einfacher Handbuch I, 237 ff. Trotz der abstofsenden Weitschweifigkeit der Form birgt diese scharfsinniges und konsequentes Denken.

54) Abh. II, 534, Anm. 1. Wie wir sehen werden, kommt auch Luden in den alten Kreis zurück.

55) Abh. II, 526; Handb. I, 258. Die Widerlegung s. u. bei der Theorie Herrmanns, der sich diese Ansicht angeeignet hat.

56) Es ist noch heute eine weit verbreitete Berufskrankheit der Juristen, zu glauben, dafs zwei Verneinungen etwas anderes bedeuten, als eine Bejahung. Wider den groben Unfug, welcher insbesondere mit dem „Nicht-Nichtwollen“ des Erfolges allenthalben getrieben wird, werde ich noch im zweiten Bande viel Selbstverständliches sagen müssen.

57) Abh. II, 521 ff.; Handb. I, 241 ff.

Vor allem ist es klar, dafs nach dieser Dolusdefinition ein *unbestimmter* Dolus gar nicht existieren kann![58])

Wo der Erfolg mit geringerer Evidenz vorausgesehen ist, liegt nur culpa vor; dafs nach Ludens Willensbegriff diese bewufste culpa eine Willensschuld involviert, bedarf nicht erst der Ausführung.

Ebenso ist es selbstverständlich, dafs für diese Anschauung eine unbewufste Fahrlässigkeit als Schuldform nicht existiert. Luden gelangt zu diesem Resultate auf dem nämlichen Wege, wie Feuerbach in seiner Revision; die Konstruktion der Kulpa als eines „negativbösen Willens" verwirft er[59]); wenn nun irgend der kulpose Erfolg ein gewollter sein soll, so mufs er mindestens im Bewufstsein des Thäters gewesen sein; denn „es ist nicht möglich, dafs jemand etwas will, woran er nicht gedacht hat."[60])

Die fürchterliche Konsequenz des Theoretikers, den nichts von seiner Lieblingsidee abbringen kann, findet in Luden eine prächtige Inkarnation. Wie jener Tourist, der die Gegend für falsch erklärte, weil sie mit seiner Landkarte nicht stimmte, so erklärt unser Jurist, dafs es eine durch das „non intelligere" gekennzeichnete Kulpa gar nicht gebe, weil diese mit den von ihm mitgebrachten Theorien nicht stimmen wollte. Er war nicht der erste, und sollte nicht der letzte seines Stammes sein.

Die bisherige Theorie hatte — mit Ausnahme Kleins — zwischen Vorsatz und Absicht keinen Unterschied gemacht, und beide ununterschieden für den lateinischen Ausdruck dolus verwendet. Das sollte nun anders werden. Man erging sich in den seltsamsten Spekulationen über diese beiden Worte und glaubte schliefslich auf diesem Wege aller Schwierigkeiten der Doluslehre Herr werden zu können.

Unter denjenigen, welche Vorsatz und Absicht methodisch schieden, ist zunächst Hegel und seine Schule zu nennen. Nach Hegels Andeutungen richtet sich der Vorsatz auf die Handlung als etwas Einzelnes, die Absicht auf die Handlung als Stück eines Allgemeinen, auf die allgemeine Qualität, den Inhalt der Handlung.[61])

Dies wurde zunächst von Michelet breiter ausgeführt.[62]) Er erläutert den Meister dahin, dafs der Vorsatz sich auf die einzelnen Teile

---

58) Handb. I, 247 ff.

59) Abh. II, 534. Anm. 1. Die Begründung schliefst sich ganz an Feuerbach an.

60) Abh. II, 526; Handb. I, 268. — Erst Binding war es vorbehalten, einen so erweiterten Willensbegriff in die Rechtswissenschaft einzuführen, dafs er auch den unbewufsten Erfolg in sich schliefst.

61) Philosophie des Rechts, §§ 115 ff.

62) Am ausführlichsten im System der philos. Moral, p. 19 ff., welches Werk von den Juristen benützt wurde; das spätere Naturrecht, p. 105 ff., enthält nur eine verkürzte und stilistisch glättere Wiedergabe seiner früheren Ausführungen.

der Handlung bezieht, z. B. Berührung des Kopfes eines Menschen mit einem scharfen Degen, oder eines zu einem Hause verwendeten Stückchens Holz mit einem Lichte; während die Absicht sich auf das Innere, als die allgemeine Gattung, worunter sich die Handlung subsumiert, richte, also z. B. Verletzung des Lebens (Mord), oder Ansteckung des Hauses (Brandstiftung).[63] Bei dem denkenden Menschen werde Vorsatz und Absicht zusammenfallen[64]; trotzdem sei die Unterscheidung für die philosophische Betrachtung zu machen.

Michelet erkennt neben der direkten auch eine indirekte Absicht an, deren Hauptvertreter Nettelbladt[65] nur darin fehle, dafs er das Wissen des indirekt beabsichtigten Erfolges voraussetze; in diesem Falle liege vielmehr bereits direkter (eventueller) Dolus vor. Als philosophische Definition des dolus indirectus könne man aufstellen, dafs er eine nicht beabsichtigte Rechtsverletzung sei, welche als die notwendige Folge einer beabsichtigten anzusehen ist.[66] Der dolus indirectus ist eine besonders gründliche Verschmelzung von dolus und culpa nach dem Hegelschen Recepte: Setzung, Widerspruch, Vereinigung. Feuerbachs culpa dolo determinata ermangelt dieser tieferen Verbindung und ist daher nicht mit dem echten dolus indirectus zu verwechseln.[67]

---

63) System, 84 f.; vgl. Berner, Imputation, 224 f., Teilnahme, 66 f., 120 ff.; Köstlin, Revision, 244 f., 248 f., 252 f., System 190 f. Eine feine Kritik dieser Lehre liefert Herrmann, Absicht und Vorsatz, 2 ff.

64) System, 86, nach Hegel, § 120; vgl. Köstlin, Revision, 250 ff.; Berner, Teilnahme, 121. — Michelet hat die Marotte, seine abstrusesten Spekulationen schon bei Aristoteles vertreten zu finden.

65) Da M. natürlich, wie fast alle seine Zeitgenossen, mit Feuerbachs Kalbe pflügt, so glaubt auch er, dafs Nettelbladt „diese Lehre ins Kriminalrecht eingeführt“ habe; Syst. 94; ältere Kriminalisten hätten ihm besser in den Kram gepafst — wenn er sie gekannt hätte.

66) Warum gerade nur die Folgen beabsichtigter Rechtsverletzungen in Betracht kommen, weifs der Philosoph so zu erklären: „Rechtsverletzung mufs letztere [d. i. die beabsichtigte Folge] aber darum sein, weil nur eine solche wieder eine Rechtsverletzung zur notwendigen Folge haben kann [sic], welche blofs manifestiert, was die Substanz der Handlung war“; l. c. p. 90.

67) Für litterarische Feinschmecker teile ich die köstlichen, strenge im Hegelschen Stile gehaltenen Ausführungen ungekürzt mit: „Aus diesem Grunde gehört nach dem Ausspruche der Juristen und Gesetze zum Dasein des dolus indirectus die Absicht zu schaden (animus nocendi), und dies ist, in seinem *Verhältnisse zur culpa*, der erste Punkt, worin er sich von ihr unterscheidet, da sie notwendig die Absicht zu schaden ausschliefst. Der zweite Unterschied ist aber der, dafs bei der culpa der Handelnde die mittelbare, beim dolus indirectus die notwendige Folge nicht vorhergesehen hat; welches letztere viel unverzeihlicher ist. Der dolus indirectus nimmt indessen teil an der Natur der culpa sowohl, als des dolus, obgleich er diesem näher steht. Die gewufste und beabsichtigte Rechtsverletzung ist nämlich das dolose, die gröfsere nicht beabsichtigte, welche hätte zum Bewufstsein kommen können, das Moment der culpa. Doch da die reale Möglichkeit des Wissens hier schon bis zur Notwendigkeit fortgeschritten ist, so verschlingt der dolus fast ganz das kulpose Ele-

So gelangt Michelet schliefslich dazu, *vier Grade der Imputation* zu unterscheiden, nämlich: 1. dolus directus, 2. dolus indirectus, 3. culpa dolo determinata, 4. culpa.

Eine Kritik dieser Theorie halte ich für überflüssig.

Gleichfalls auf Hegelschem Grunde, aber vielfach in Opposition gegen Michelet arbeitet Berner. Er kennt nur eine Zweiteilung der Schuldformen in dolus und culpa; die Absicht im Sinne Hegels[68]) zerfällt in folgende Kategorien: A) dolus determinatus, d. i. der auf die reale Möglichkeit[69]) des Erfolges gerichtete Dolus; das Wesen dieses bestimmten oder Notwendigkeits-Dolus besteht in dem Wissen, dafs der Erfolg eintreten müsse; der Handelnde will daher, dafs der Erfolg eintreten soll. Der dolus alternativus ist ein eigentümlicher dolus determinatus. B) Der dolus indeterminatus seu eventualis, d. i. der auf die blofse Möglichkeit des Erfolges gerichtete Dolus; der Thäter sieht ein, dafs der Erfolg eintreten kann, und gibt eventuell seine Zustimmung

---

ment, und die Strafe des dolus indirectus darf nur um weniges geringer sein, als die des dolus directus. Weil sich indessen die Absicht unmittelbar in das Verbrechen aus indirekter Absicht verwandelt, so wird dieses noch die meiste Ähnlichkeit mit dem Falle der culpa haben, wo der Vorsatz auch sogleich in die unvorsätzliche That umschlägt, ohne dafs die Handlung in sich selber und ihre Folgen gespalten sei.“ (p. 90f.) Und weiters: „Doch liegt in dieser Benennung [culpa dolo determinata] das Schiefe, was Feuerbach auch ausspricht, als sei nur die beabsichtigte Handlung dolos, die notwendige Folge aber kulpos. Dieses Auseinanderhalten beider Seiten ist jedoch durchaus unphilosophisch, obgleich das Einzige, was dem Verstande, der das spekulative Zusammenfassen Entgegengesetzter [!] nicht kennt, übrig bleibt, wenn er sich nicht ausschliefslich einer Seite des Gegensatzes hingeben will. Es wird also besser sein, den Ausdruck culpa dolo determinata auf den Fall zu beschränken, wo ein beabsichtigtes Verbrechen nicht eine notwendige, sondern eine real mögliche nicht vorhergesehene Folge hatte. Diese ist dann allerdings kulpos, aber die culpa ist durch den dolus bestimmt. Wenn z. B. ein Dieb aus Unvorsichtigkeit durch Zurücklassung eines Lichtes das Haus in Brand steckt, in dessen Boden er einbrach, so ist der Diebstahl dolos, die Brandstiftung hingegen kulpos, nicht indirekt beabsichtigt. Denn sie ist nie die notwendige Folge eines Diebstahls, der Tod folgt aber sehr oft notwendig aus einer Wunde.“ (S. 96.) Zum Verständnisse dieser Stelle ist zu bemerken, dafs die Hegelsche Schule Notwendigkeit, Möglichkeit und Zufall als *real* betrachtete (vgl. noch Berner, Imputation, 184, Köstlin, Revision 259). Anschliefsend Köstlin, Revision, 299; vgl. Glaser, Kleine Schriften, I, 75f. o. S. 195f.; entschieden gegen Michelet: Berner, Teilnahme, 126ff.

68) Über eine Inkonsequenz Berner's vgl. die treffende Bemerkung bei Herrmann, Absicht und Vorsatz, 5. Anm. 3. — Ganz im Fahrwasser Berner's segelt Gefsler, Begriff und Arten des Dolus, 87ff., und im Gerichtssaal XII, 369ff.

69) Auch Berner teilt die bereits erwähnte Ansicht, nach welcher Zufälligkeit, Möglichkeit und Notwendigkeit (= reale Möglichkeit) „Faktoren der Wirklichkeit“ sind; Imputation, 184. Nach der m. E. richtigen Ansicht dagegen ist alles Geschehene notwendig, und der Begriff der Möglichkeit nur eine auf unvollständiger Kenntnis der Bedingungen basierende subjektive Anschauungsform. — Vgl. über Berner die eingehende Darstellung bei Frank, Vorstellung und Wille, 13ff.

zu demselben. Es ist also der Dolus in erster Linie auf das Wissen abgestellt. Wie Berner den Fall einreihen würde, wo der Thäter den als möglich vorhergesehenen Erfolg gerade durch die Handlung bewirken wollte, kann ich nicht sagen.[70]) Im folgenden bekämpft er sehr richtig das noch immer als Erfordernis des dolus eventualis fortgeschleppte versari in re illicita; hat sich der zum dolus indeterminatus zurechenbare Erfolg aus einer beabsichtigten Rechtsverletzung ergeben, so liegt eben eine Konkurrenz von determiniertem und indeterminiertem Dolus vor.

Die Kulpa[71]) wieder zerfällt in die Gruppen der Frevelhaftigkeit oder Kulpa mit dem Bewufstsein der Möglichkeit, und in die Unvorsichtigkeit, bei der dieses Bewufstsein fehlt. Die Frevelhaftigkeit unterscheidet sich von dem dolus eventualis, mit dem sie die Voraussicht der Möglichkeit des Erfolges gemein hat, durch den Mangel der eventuellen Einwilligung in den Erfolg.[72])

Im innigsten Anschlusse an Michelet stellt Köstlin seine Untersuchungen an; insbesondere teilt er die Hegelsche Unterscheidung von Vorsatz und Absicht[73]), die auch bei ihm noch nicht recht nutzbar gemacht ist. Die Absicht teilt er ebenfalls in eine direkte und indirekte; die direkte richtet sich *bestimmt*, *unbestimmt* oder *eventuell* auf den

---

70) Imputation, 184 ff. B. giebt für den dolus eventualis folgendes Beispiel: „Ein Bandit will versuchen, wie weit seine Büchse trägt. Um dies zu ermitteln, schiefst er auf einen, in ziemlicher Entfernung von ihm stehenden Menschen. Er weifs in diesem Falle noch gar nicht, ob die Büchse so weit tragen wird, ob also die Tötung des Menschen *real* möglich sei; für den Fall aber, dafs sie soweit trüge (also eventuell), hat er in die Tötung eingewilligt; . . . . so lange aber noch nicht feststeht, ob die Büchse zulangt, fehlt an der realen Möglichkeit noch eine Bedingung. Somit hat jener Bandit nicht die *reale*, sondern die *blofse* Möglichkeit gewollt. Seine Absicht war nicht, eine Handlung zu begehen, welche jenen Menschen töten *solle*, sondern welche ihn nur töten *könne*.“ Wie nun, wenn der Bandit unter sonst gleichen Umständen das praktischere Ziel verfolgte, jenen Mann zu töten und zu berauben, also den Erfolg wollte? Hier begeht er eine Handlung, welche jenen Menschen töten *soll*; aber seine Absicht geht doch nach Berner's Terminologie auf die *blofse* Möglichkeit des Erfolges. Da nun von den zwei angegebenen Unterscheidungsmerkmalen jedes anders indiziert, ist es mir zweifelhaft, ob B. diesen Fall zur bestimmten oder zur eventuellen Absicht rechnen würde. — Vgl. zur Kritik Berners noch Krug, Dolus und Kulpa, 70 f., 72 f.

71) Berner erblickt in ihr einen Willensfehler und schliefst sich diesbezüglich an die Theorie Klein's an; Imputation, 42, 46, 227, 229, 240.

72) Vgl. Imputation S. 248. — Die Hauptelemente dieser Theorie wurden von Köstlin und Herrmann übernommen und weiter gebildet; die unten für beide gegebene Kritik gilt auch gegen Berner.

73) K. behauptet wiederholt, dafs der römische Dolus eher dem Vorsatz, der deutschrechtliche dolus eher der Absicht entspreche: Revision, 244, 247 f., 271, System, 181, 191; was angesichts des animus *occidendi* gerade widersinnig ist. Vgl. Herrmann, l. c. 7 f.

Erfolg.[74]) Als Kulpa erkennt Köstlin nur die unbewufste Fahrlässigkeit an, in der er gleichzeitig einen negativ-bösen und einen positiv-bösen Willen entdeckt.[75]) Zwischen der direkten Absicht und der Kulpa *bildet die indirekte Absicht eine Mittelstufe*, die sich auf keiner der beiden Seiten korrekt unterbringen läfst.

Diese indirekte Absicht zerfällt bereits in der „Neuen Revision", S. 293ff., in die zwei deutlich gesonderten Formen der *luxuria* und des *impetus*.[76]) Im System, S. 182ff., ist die gemeinsame Bezeichnung als dolus indirectus bereits aufgegeben, luxuria und impetus erscheinen einfach als „Mittelstufen zwischen dolus und culpa".

Von der ersteren der beiden Mittelstufen gibt Köstlin (System, 183) folgende Beschreibung: „Von dem Falle des kulposen Handelns unterscheidet sich hiernach wesentlich der Fall, wenn der Handelnde diese Bedingungen [sc. aus deren Zusammenwirken mit seinem Handeln sofort nach dem Naturgesetz der rechtswidrige Erfolg entsteht] bedacht, gleichwohl aber in der Hoffnung, dafs der Erfolg nicht eintreten werde, in frevelhaftem Leichtsinn die als gefährlich erkannte Handlung ausgeführt hat (luxuria). In dem Bewufstsein über die objektive Natur der Handlung liegt das, was diese Schuldform über das Gebiet der Kulpa hinausrückt. Dagegen unterscheidet sie sich von der Absicht (dolus) dadurch, dafs der Handelnde gerade die Konsequenz jener objektiven Natur der Handlung zu vermeiden hofft. Offenbar steht aber diese Schuldform dem dolus sehr nahe und setzt, damit sie nicht geradezu in ihn sich auflöse, zweierlei voraus: 1. dafs der Erfolg nicht als ein wegen Vorliegens sämtlicher Bedingungen seiner Wirklichkeit unvermeidlicher (notwendiger), sondern blofs als ein möglicher (weil es an der vollen Summe der Bedingungen fehle) vorhergesehen wurde; 2. dafs auch der als blofs möglich vorhergesehene Erfolg nicht (auch nicht eventuell) gewollt wurde. Ein Wollen desselben liegt aber auch schon dann vor, wenn der Handelnde nur gegen den Eintritt des Erfolges *gleichgiltig* war. Daher kann luxuria nur dann angenommen werden, wenn *nachgewiesen* ist, dafs der Handelnde den Erfolg abzuwenden gestrebt oder mindestens ein bestimmtes Interesse gehabt habe, ihn zu vermeiden."

Das ist also ein Stück von dem, was ich *Wissentlichkeit* nenne, und es sei mir gestattet, an der Hand von Köstlin's Ausführungen den wesentlichen Unterschied zwischen der von mir aufgestellten Schuldform der Wissentlichkeit und der luxuria auseinanderzusetzen. Vor

74) Revision, 259ff., im nächsten Anschlusse an Berner; vgl. System, 194ff.

75) Revision, 320, System 165, 167.

76) Dafs Köstlin auch den impetus als Form des dolus indirectus betrachtet, ist wohl auf historische Reminiscenzen zurückzuführen. — Vgl. die scharfe Kritik Berners, Teilnahme 115ff.

allem ist die Wissentlichkeit keine „Mittelstufe" im Sinne Köstlin's; ein ganz leichter Fall der Wissentlichkeit — Voraussicht des Erfolges als eines kaum möglichen — kann ungleich geringer strafbar sein, als eine grobe Fahrlässigkeit; und anderseits stehen die schwersten Fälle an Strafwürdigkeit der Absicht völlig gleich. Das letztere fühlt Köstlin sehr richtig, will aber die gleiche Strafbarkeit dadurch erzielen, dafs er die Identität dieser schweren Fälle mit der direkten Absicht behauptet, was unnötiger Weise den ganzen Gewinn wieder über den Haufen wirft. Diese „eventuelle Einwilligung" ist ein künstliches Surrogat, das von dem „Wollen des Erfolges" durchaus verschieden ist. Es ist allerdings ein psychologischer Thatbestand, der für die Bewertung des Thäters von Belang ist, aber lange nicht von solcher Bedeutung, dafs man ihn zur Abgrenzung der Schuldstufen verwenden könnte. Man denke sich folgende zwei Fälle: A will die Handlung X, an der er ein grofses Interesse hat, vornehmen; er sieht allerdings ein, dafs X möglicherweise — *er hält die Wahrscheinlichkeit für sehr gering* — die verbrecherische Folge Y nach sich ziehen könnte, entscheidet sich aber doch für die Vornahme der Handlung X, mit dem Gedanken: „Hole es der Teufel, jetzt ist mir schon alles recht!" In einem anderen Falle hatte B eingesehen, dafs X *mit gröfster Wahrscheinlichkeit* den Erfolg Y herbeiführen werde, redet sich aber doch in die Anhoffung eines besonderen Glücksfalles hinein, unternimmt wohl auch aussichtslose Versuche, einen solchen zu befördern. Wer wird hier den B, der wissentlich das weitaus gröfsere Risiko übernommen hat, minder strafbar erachten wollen, als den A? Und wie, wenn der Thäter, was sehr oft der Fall sein wird, während seiner Handlung zwischen Hoffnung und Resignation schwankt?[77]) Oder wenn er, was noch öfter vorkommt, zu dem unbeabsichtigten Erfolge innerlich gar nicht Stellung genommen hat, sei es aus Gleichgiltigkeit, sei es, weil er in der Überstürzung der Ereignisse gar nicht dazu gelangte? Köstlin meint, ein Wollen

---

77) Neben diesen materiellen Bedenken ist sehr wichtig die processuale Schwierigkeit des Beweises. Der Angeklagte wird in der Regel selbst über den fraglichen Punkt im Unklaren sein, und jedenfalls leugnen. Wie soll man ihm nun nachweisen, dafs er nicht auf den günstigeren Ausgang gehofft, und sich eventuell in den schlimmeren ergeben habe? Diese verzweifelte Situation hat Köstlin bewogen, eine Präsumtion wider den Thäter aufzustellen, gegen sein eigenes Princip, dafs der Dolus nicht zu vermuten und stets der bestimmte Schuldgrad zu erweisen sei (System, 208 ff.). Er bürdet dem Thäter die Beweislast auf, und das thema probandum lautet nicht etwa, wie K.'s Begriff der luxuria unbedingt erfordern mufste: „Thäter habe die Hoffnung gehabt, dafs der Erfolg nicht eintreten werde", sondern es wird zum mindesten der Nachweis eines bestimmten Interesses an der Vermeidung des Erfolges verlangt, was eine horrende und willkürliche Erschwerung ist. Ohne diese Schuldpräsumtion, die unbedingt abgelehnt werden mufs, ist die eventuelle Einwilligung als Scheidemerkmal von dolus und luxuria praktisch ganz unbrauchbar.

des Erfolges liege auch schon dann vor, wenn der Handelnde gleichgiltig war. Aber jeder Unbefangene wird sofort einsehen, dafs es unvereinbarere Gegensätze, als Wollen und Indifferenz in Bezug auf den gleichen Gegenstand, gar nicht gibt.[78]) Es ist immer wieder der gleiche Fehler der psychologischen Konstruktion ad hoc; man braucht das Resultat: Gleichgiltigkeit gegen den Erfolg der Handlungen ist schwer zu strafen; man ist in dem Irrtume befangen, dafs schwere Strafbarkeit nur bei dolus, Wollen des Erfolges, eintreten könne; ergo mufs dieses Wollen des Erfolges konstruiert werden, koste es, was es wolle.

Als zweite „Mittelstufe" der Schuld erscheint bei Köstlin der impetus, von dem er behauptet, dafs er eine Unklarheit in Bezug auf den Erfolg der Handlung herbeiführt. Die bezüglichen Ausführungen sind ganz verunglückt.[79])

Als eine Fortbildung und wesentliche Verbesserung der Köstlinschen Theorien kann die Lehre Baumeisters[80]) betrachtet werden.

Er nimmt nur in jenen Fällen der Wissentlichkeit den Erfolg als gewollt an, wo dieser als der *einzige* und *unvermeidliche* Erfolg der Handlung vorgestellt wurde; hier sei es unmöglich, dafs er nicht bebeabsichtigt wäre. Dagegen gibt er die Fiktion des Willens selbst für jene Fälle auf, wo der Erfolg zwar als notwendige Folge der Handlung erschien, aber ein anderer gleichzeitiger Erfolg, oder ein prius in der Kausalität beabsichtigt wurde.[81]) Diese durch *Gleichgiltigkeit gegen den Erfolg* charakterisierte Schuldform, teilt sich nach der Evidenz der Voraussicht — je nachdem der Erfolg als *notwendig* erkannt oder nur als *möglich* vorgestellt war — in zwei Unterarten, die der Autor *Ruchlosigkeit* und *Frevelhaftigkeit* nennt; die letztere ist identisch mit der bewufsten Fahrlässigkeit, Köstlins luxuria, und grenzt in ihrem geringsten Grade — Bewufstsein von der entfernten, höchst unwahrscheinlichen Möglichkeit nachteiliger Folgen — an den casus. Wie Köstlin konstituiert auch Baumeister den Affekt als mittlere Schuld-

78) Vor Köstlin hatte auch schon Breidenbach, Kommentar, I, 2. Abt., 20, die Grenze zwischen luxuria (als dem höchsten Grade der Fahrlässigkeit) und dolus in gleicher Weise gezogen.

79) Wie K. die höhere Strafbarkeit der schweren Formen der Wissentlichkeit nur durch Gleichsetzung mit der Absicht rechtfertigen zu können glaubt, so soll hier die geringere Strafwürdigkeit des affektvollen Dolus durch Bestreitung seiner Dolusqualität begründet werden.

80) S. seine teilweise sehr scharfsinnigen „Bemerkungen", bes. S. 30ff., 36f, 41. Auf die sehr beachtenswerte Unterscheidung zwischen Handlungsverboten, Geboten und Kausierungsverboten werde ich erst im zweiten Bande zurückkommen, und gebe hier der Einfachheit wegen nur die Theorie der Kausierungsverbote.

81) Der erste Fall ist kaum denkbar; das übrige stimmt genau mit dem, was ich Wissentlichkeit nenne; nur vermeide ich die Teilung Baumeisters.

stufe und erhält nun folgende „Rangordnung“ der Schuldarten: 1. Absicht; 2. Ruchlosigkeit; 3. Impetus; 4. Frevelhaftigkeit; 5. Kulpa.

Mannigfachen Ungleichmäſsigkeiten und Schwächen zu trotz ist diese Arbeit ausgezeichnet durch naturwüchsigen Scharfsinn und mutige Emancipation von dem Herkömmlichen. Nach meiner Ansicht ist Baumeister unter allen Schriftstellern dieser Epoche der Wahrheit am nächsten gekommen; doch wurde er anfänglich sehr wenig beachtet.

In einer trotz vieler Mängel noch heute recht lesenswerten Abhandlung hat Krug die Theorien seiner Vorgänger einer zum groſsen Teile sehr berechtigten Kritik unterzogen und sich bemüht, das Problem der richtigen Teilung der Schuldformen zur Lösung zu bringen. Jedes Wollen, das sich mit Bestimmtheit, wenn auch nur alternativ oder eventuell, auf einen Erfolg richtet, ist dolus determinatus. Dagegen gibt es ein *allgemeines, unbestimmtes Wollen*, das ein unbestimmtes Objekt hat, dessen Unbestimmtheit auf den Inhalt des Wollens zurückwirkt. „Der Wille ist hier *bestimmt* auf den allgemeinen Begriff des *Verletzens,* und zwar, wie wir voraussetzen, den Umständen nach (nach der ganzen Beschaffenheit der Handlungsweise) so allgemein gerichtet, daſs darin auch das Tötlich-Verletzen mit inbegriffen ist. Durch die Allgemeinheit des Begriffes „verletzen“ wird der Wille unbestimmt. Er *erhebt* sich nicht zum bestimmten Wollen des schwersten Erfolges (wie dies gezeigter maſsen beim d. alternat. und event. determinatus allerdings der Fall ist), er *beschränkt* sich aber auch nicht auf einen bestimmten *geringeren* Erfolg; er will „verletzen“, eine weitere Rechenschaft von seinem Wollen gibt er sich nicht. Daher kann man denn nun aber freilich auch nicht sagen — und daſs man dies gesagt hat, ist der Erkenntnis des Wahren in der Sache sehr hinderlich gewesen — der Handelnde habe den (eingetretenen) *Tod* „unbestimmt gewollt“, er habe einen unbestimmten animus occidendi gehabt. Der animus occidendi ist eine spezielle, daher bestimmte, der animus nocendi eine generelle, daher unbestimmte Willensrichtung. Nur „mittelbar“, kann man sagen, ist der animus nocendi generalis zugleich auf Tötung gerichtet, allein diese mittelbare Willensrichtung ist kein wirkliches Wollen der Tötung. Die Tötung ist nicht *Gegenstand* des Wollens, sie ist nur die in dem Wollen noch unentwickelt liegende, aber aus demselben sich von selbst entwickelnde Frucht des Gedankens: zu verletzen . . . .“

„Wenn ferner Berner einwendet, ein Zurechnen zum dolus ohne Voraussehen sei nicht möglich, denn die nicht vorhergesehenen Folgen könne der Handelnde nicht *gewollt* haben, so antworten wir, daſs der animus nocendi allerdings kein animus occidendi ist, und daſs daher auch nicht unsere Absicht ist, dem Handelnden die Tötung so zuzurechnen, als ob er die Tötung gewollt habe; daſs aber das vorsätzliche

„ins Unbestimmte hinein-Handeln" denn doch etwas mehr ist, als culpa, selbst als culpa dolo determinata, wo der Handelnde seine Absicht auf eine Verletzung, die er nicht für tötlich hält (Stich ins Bein) *beschränkt.*" [82])

Diese Fälle des dolus generalis [83]) stehen mitten zwischen dolus und culpa, für sie mufs die Gesetzgebung besondere Vorsorge treffen.

Der theoretische Hauptfehler von Krugs Lehre besteht darin, dafs dieses unbestimmte Wollen und Dochnichtwollen sich auf etwas nicht vorgestelltes, nicht bewufstes bezieht. Dieses Wollen eines Unbewufsten hat, wie im zweiten Bande wider Binding auszuführen sein wird, im Kriminalrechte überhaupt keinen Platz, am wenigsten kann es zur Begründung einer als dolus zu bezeichnenden Schuldform dienen. Der Unterschied gegen die culpa dolo determinata ist gar nicht zu ziehen; denn der Thäter wird gerade dort seine Absicht nicht auf eine geringere Verletzung *beschränken*, wo er an die gröfsere zu denken keine Veranlassung hat. Hat er aber einmal an den Erfolg gedacht, dann „mufs" er ihn entweder für wahrscheinlich oder für unwahrscheinlich halten [84]), d. h. er ist nach Krug in dolo oder in culpa. Wer also auf die Möglichkeit des Erfolges förmlich mit der Nase gestofsen worden ist, aber seine Absicht „beschränkt" hat, ist besser daran, als jener, der gar nicht daran gedacht hat, auch wenn dieser keine Ursache hatte, an diesen Erfolg zu denken! Wenigstens verlangt Krug nirgends in seiner Arbeit das letztere.

Praktisch ist gegen diese Theorie einzuwenden, was Krug selbst S. 23 f. gegen den dolus alternativus mit Recht vorgebracht hat: dafs sie nämlich eine eigene Schuldgruppe aufstellt für Fälle, die genau betrachtet im Leben gar nicht oder doch höchst selten vorkommen. Die praktisch so wichtige Frage, wie die Wissentlichkeit zu behandeln, eventuell zu teilen sei, hat Krug, wie bereits bemerkt, durch ein ebenso einfaches als sinnreiches Dilemma aus der Welt geschafft.

Auf den Arbeiten Krugs und insbesondere der Hegelianer basiert die Untersuchung Herrmanns, die vielfach den gröfsten Eindruck hervorgerufen hat und insbesondere für Bindings Theorie von Bedeutung geworden ist. Er ist der erste Autor, welcher die Unterscheidung von Vorsatz und Absicht, bei den Hegelianern eine ziemlich

---

82) Dolus und Kulpa, S. 75 ff.

83) Der Autor meint, offenbar angesteckt durch die Hegelianische Unterscheidung, es handle sich um generellen *Vorsatz* mit unbestimmter *Absicht*. S. 82.

84) S. 67 f. der Abhandlung; auch ein klassisches Stück „Mufspsychologie"; eine Gleichgiltigkeit des Thäters gegen die Folgen seiner Handlung sei nicht denkbar, er mufs sich für ja oder nein entscheiden! Kollossal einfach. — Vgl. dagegen Herrmann, Absicht u. Vorsatz, 37 f.

harmlose theoretische Feinheit, praktisch nutzbar zu machen sucht, um die wichtigste Frage der Schuldtheorie zur Lösung zu bringen.

Herrmann übt zunächst an seinen Vorgängern Kritik und beginnt sodann seine eigenen Ausführungen mit ganz merkwürdigen Wortspekulationen. Durch die Ausdrücke Vorsatz und Absicht sei sicherlich *Verschiedenes* in der inneren Seite der Handlung bezeichnet: sonst wäre die Entstehung des Wortes Absicht nicht wohl zu erklären[85]; dieses Wort, etymologisch zusammenhängend mit „Sehen“, verweist auf die innere Funktion des Bewufstseins oder Verstandes (das sciens prudensque), der Vorsatz auf ein Setzen, eine Willensthätigkeit (das voluntate, animo). „Kraft der Absicht *weifs* der Mensch im Gebiete seines Handelns, was er will, kraft des Vorsatzes *will* er, was er weifs. Kraft beider zusammen ist intelligenter Wille vorhanden.“ Beide inneren Faktoren durchdringen sich in der Handlung.[86] In dem Vorsatze wird der Gedanke unmittelbar praktisch und zu dem Entschlusse, ein Gewufstes in Ausführung zu setzen, gesteigert; er ist die Willensaktion, welche die Brücke von dem Gedanken zur Wirklichkeit schlägt und in dem Entschlusse besteht, die dem Inhalt der Absicht entsprechende Wirksamkeit auf die materielle Natur zu üben.[87] Dieses Willensmoment im Dolus bleibt sich bei allen Verbrechensarten wesentlich gleich: überall *Vorsatz*.[88] Dagegen liegt das *individualisierende* Moment des Dolus, d. h. dasjenige, wodurch er zu besonderen Arten des Dolus wird, in der Absicht, in dem *Bewufstseinsinhalt* des Willens.

Der Vorsatz als solcher kann nicht *unbestimmt* sein. „Er wäre ein Widerspruch in sich selbst, ein Sichbestimmthaben, das sich doch nicht bestimmt hätte, eine Verneinung desjenigen im Prädikate, was im Subjekte bejaht ist.“[89] Eine Unbestimmtheit kann nur in der Absicht liegen, also in der Wissensseite, und zwar nach zwei Richtungen hin.

Zum Verständnisse dieser Zweiteilung des unbestimmten Vorsatzes ist zu bemerken, dafs H. nach dem ganzen Gedankengange der Arbeit als wesentliches Merkmal des Dolus, ähnlich wie später Binding bewufsten Widerspruch gegen einen Rechtssatz[90] vorauszusetzen scheint. Wenn nun die Unbestimmtheit, die *Unklarheit des Verbrechensgedankens*

---

85) Abh. 10 f. Nach dieser Ansicht müfsten auch Frühling und Lenz, Gattin und Gemahlin Verschiedenes bedeuten. Sollten Absicht und Vorsatz nicht dieselbe Sache durch Hervorhebung verschiedener Seiten charakterisieren können? Übrigens giebt Herrmann selbst zu, dafs die Rechtssprache im allgemeinen nicht unterscheidet.

86) Vgl. S. 12, 16, 18 der Abhandlung.

87) S. 18 f., 442 f.

88) Herrmann verwertet diesen Vorsatzbegriff auch für die Lehre vom *Versuch*, worauf ich hier nicht eingehe; p. 20 f., 444 ff.

89) Vgl. Temme, Arch. N. F. 1854, S. 218.

90) Vgl. bes. S. 443.

darin besteht, dafs das Subjekt in seiner Spezialisierung desselben hinter der Linie zurückbleibt, bis zu welcher das positive Recht in der Unterscheidung der Verbrechensarten fortgegangen ist, wenn die Absicht in einer Allgemeinheit hängen bleibt, welche das positivrechtlich Verschiedenartige indiskret unter sich befafst, dann ist die Absicht in jure unbestimmt: *generelle* Absicht.[91])

Neben dem unpraktischen Beispiel des Rächers, der seine Absicht nicht bis auf Tötung oder Körperverletzung spezialisiert hat, gibt es hier doch noch praktischere. A eignet sich eine Reisetasche an, ohne sich darum zu kümmern, ob der Eigentümer sie an dem Orte verloren oder deponiert habe (Diebstahl oder Fundunterschlagung; S. 458); ähnliche Fälle können wirklich leicht vorkommen; mag man sie nun mit Herrmann als generellen Dolus, oder aber als eventuellen Dolus[92]) oder wie immer konstruieren, so läfst sich wohl das eine sagen, dafs, die wirkliche Feststellung des Thatbestandes vorausgesetzt, nicht leicht ein praktischer Jurist hier in Zweifel geraten wird.

Die Unbestimmtheit des Wissens kann sich nun aber auch auf die thatsächliche Seite des Handelns beziehen, insbesondere den Erfolg. Der Handelnde kann das Urteil haben: der Erfolg *wird* eintreten; oder er hat das Urteil: „es ist möglich, dafs der Erfolg eintritt.“[93]) Je nachdem, ob ein Bejahen der Wirklichkeit oder der Möglichkeit des Erfolges gegeben ist, liegt eine in facto bestimmte oder unbestimmte (hypothetische) Absicht vor. Die letztere unterscheidet sich der Konstruktion nach von dem landläufigen dolus eventualis dadurch, dafs sie keine Unbestimmtheit des Willens, kein eventuelles Gewolltsein (das auf den Vorsatz bezogen werden müfste), sondern eine Unbestimmtheit und Bedingtheit des Gedankens (der Absicht) involviert.[94]) Unbestimmt ist also nicht das Wollen, sondern der Willensinhalt, das Gewollte.[95]) Aufser dem Umstande, dafs sich der Wille gegen die in ihren Folgen — bestimmt oder unbestimmt — erkannte Handlung in Bewegung setzt, wird eine weitergehende Wollung nicht mehr verlangt; insbesondere ist

91) H. bemerkt in einer Note, S. 24: „Die Verschiedenheit der Rechtsbildung kann also bewirken, dafs in dem einen Lande dieselbe Absicht eine in jure bestimmte ist, welche in dem anderen als generelle erscheint“. — Die feine Durchführung dieses dolus generalis bildet einen Glanzpunkt der Arbeit.

92) So wohl Gessler, Begr. u. A. d. Dolus, 102f.

93) H. verwirft die Ansicht der Hegelianer, dafs die Möglichkeit real ist; sie ist ihm nur ein Mangel der Erkenntnis der Wirklichkeit. Ferner wehrt er sich sehr gegen die Formulierung: der Erfolg *mufs* eintreten. Eine Notwendigkeit im strengsten Sinne könne niemals vorher gesehen werden; S. 25ff.

94) S. 27ff.

95) S. 448. Die Unbestimmtheit bringt eine Minderung der Strafbarkeit mit sich. S. 460ff.

es sogar ganz gleichgiltig, ob der Handelnde in Aktion tritt, *weil* oder *obgleich* er die Folge der Handlung voraussieht.[96])

Diese Sätze sind ohne nähere psychologische Begründung mit grofser Sicherheit geoffenbart; sie sind falsch bis ins innerste Mark hinein. Es ist reine Willkür, zu behaupten, dafs bei gleicher Art der Voraussicht stets auch in gleicher Art gewollt sein müsse. Der Wollende sucht sich ganz nach seinem Belieben gewisse Stücke aus dem Kreise der Folgen seiner Handlung als Objekte seines Willens aus, die anderen will er nicht und „mufs" er nicht wollen, sollte er sie auch hundertmal wissen. Ein Beispiel: der Führer A veranlafst den Touristen X, eine Schneebrücke zu betreten, die über eine tiefe Gletscherspalte führt; er hält es für wahrscheinlich, dafs die Brücke aushalten wird, aber immerhin doch für möglich, dafs sie unter X einstürzt. Nach Herrmann soll es keinen Unterschied machen, ob A [aus Leichtsinn, Gleichgiltigkeit, Faulheit] den X über die Brücke gehen liefs, obwohl er die Gefahr kannte; oder ob er diese Situation herbeigeführt hat, um den X zu verderben [etwa aus Rache]. In beiden Fällen soll gleichmäfsig hypothetischer Dolus vorliegen.[97])

Wie ist Herrmann zu diesem himmelschreienden Resultate gelangt? Er wollte die Wissentlichkeit als ein Wollen konstruieren, und mufste, um dies zu ermöglichen, aus dem Begriffe des Wollens die wesentlichsten Elemente ausmerzen! Ganz das Gleiche gilt auch für seinen Vorgänger Luden.

Noch energischer als die bisher Genannten sucht Bekker die Unterscheidung von Vorsatz und Absicht auszunutzen.[98]) Er scheidet zunächst im Verbrechen die *Handlung:* die Bewegungen des Handelnden; und den *Erfolg:* alle durch die Handlung herbeigeführten Bewegungen und Veränderungen von Aufsendingen. Als der innere Grund dieser Unterscheidung wird angegeben: „Der *Wille* des Handelnden ist *alleinige* Ursache der Bewegungen desselben . . .; er ist nur *mitwirkende* Ursache der Veränderungen und Bewegungen von Aufsendingen, welche wir als Folgen der Handlung erfafsten. Diese Folgen setzen das Dasein jener Dinge am betreffenden Orte und bestimmte Beschaffenheit derselben voraus, die Handlung, d. h. die körperliche oder geistige Bewegung nichts als den Willen des Thäters" (S. 247).

---

96) Vgl. S. 29, 35, 442 f., 449 u. Dieser Gedanke kehrt in Bindings Unterscheidung von Wille und Wunsch wieder.

97) Das Beispiel ist von mir den abstrakten Ausführungen auf S. 35 untergelegt; ein Zweifel an H.s Auffassung ist aber nicht möglich. Ähnlich auch Bekker, s. u. Anm. 102.

98) Theorie, 243 ff.; auf Bekkers Formulierung dürften Osenbrüggen und Temme Einflufs genommen haben; vgl. Herrmann, l. c. 8; Temme, Arch. N. F. 1854, 215, schweizer. Strafr. § 54. — Bekkers Theorie ist um so sorgfältiger zu beachten, weil sie noch heute von hervorragenden Kriminalisten vertreten wird.

Das alles ist grundfalsch. Der Wille setzt, wenn er sich zur Handlung gestalten soll, ganz ebenso das Dasein und eine bestimmte Beschaffenheit des zu bewegenden körperlichen Organes und seine Mitwirkung voraus. Diesen Einwand glaubt Bekker so zu widerlegen: „Der Körper ist die notwendige Bedingung der realen Existenz des Willens. Sprechen wir von einem Willen, der wirkend auf die irdischen Verhältnisse eingreifen soll, so denken wir eben an einen solchen verkörperten Willen. Bei dieser Betrachtungsweise aber vermögen wir nicht den Körper dem Willen objectiv gegenüberzustellen . . .“ Ich für meinen Teil vermag dies ganz gut; es würde zu weit führen, den komplicierten logischen Fehler Bekkers theoretisch zu untersuchen[99]), ich beschränke mich daher auf eine einfachere Art von Widerlegung. Wird jemand behaupten wollen, dafs der A, dem soeben das rechte Bein amputiert worden ist, nicht den Willen haben kann, eben dieses Bein zu bewegen? Die Erfahrung zeigt, dafs die Operierten thatsächlich in Momenten des Selbstvergessens diesen Willen haben und erst durch das Ausbleiben der Bewegungsgefühle schmerzlich daran erinnert werden, dafs die Bedingungen, die einem solchen Willensakte zum Erfolge helfen, nunmehr entfallen sind. Der innere Willensakt war zweifellos der nämliche, wie in früheren Fällen: er ist also wohl nicht *alleinige* Ursache der Bewegung gewesen. Sondern es mufs vor allem das zu bewegende Glied existieren und in einer bestimmten Verbindung stehen mit jenem Körperteil, in welchem der Wille entsteht (und der allein die „notwendige Bedingung der realen Existenz des Willens“ ist). Und nun erst müssen tausend Nerven- und Muskelzellen in normaler Thätigkeit sein, der äufsere Luftdruck mufs die Gelenke zusammenhalten, kurz eine unabsehbare Reihe von Bedingungen für das Zustandekommen des Erfolges, unter welchen der Willensakt selbst nur eine ist. Bekker führt gegen einen ähnlichen Einwand, den er sich selbst gemacht hat, aus: „Aber diese gestattenden Umstände beschränken sich auf die *Abwesenheit von Hindernissen*... Die Wirksamkeit des Willens also ist an Bedingungen geknüpft, nichts desto weniger aber ist der Wille die einzige wirkende Ursache der Körperbewegungen“. Also, wie es scheint, der Unterschied von negativen und positiven Bedingungen. So vage und unzuverlässig dieser Unterschied ist, so ist doch das eine sicher, dafs *mitarbeitende* Bedingungen, wie die Thätigkeit von Nerven uns Muskeln in unserem Falle, nicht zu den negativen gezählt werden dürfen. Es ist als ob jemand sagen würde: „Die Thätigkeit des Fabrikdirektors ist die einzige wirkende Ursache des Betriebes, die Mit-

---

99) Dazu müfsten die Grundzüge der Kausalitätstheorie entwickelt werden, was so gelegentlich nicht geschehen kann. Wer die Ausführungen J. St. Mills gelesen hat, wird ohne weiters von selbst die Fehler Bekkers finden.

wirkung der Arbeiter, Maschinen u. s. w. ist ein gestattender Umstand, der sich auf die Abwesenheit von Hindernissen besckränkt."

Wir folgen nunmehr unserem Autor weiter. Er untersucht (S. 251 ff.) das Verhältnis der Innerlichkeit zu den beiden von ihm gesonderten Elementen des Verbrechens. Dabei geht er mit der herrschenden Lehre davon aus, dafs der Wille die Grundlage jeder strafrechtlichen Verantwortung bilde *„der Begriff der Strafe steht im innigen Zusammenhange mit dem Willen; . . . . mit dem Willen fiele jeder Grund zur Strafbarkeit weg"*. Dieses Prinzip wird strenge angewendet auf die Handlung: sie mufs gewollt sein.

Nicht so der Erfolg; zwar verwende der gemeine Sprachgebrauch das Wort „wollen" auch in Beziehung auf den Erfolg; wir sagen: „ich will reich werden", „ich will Brod haben", „ich will den Tod des P." Aber das sei unklar und bezeichne etwas anderes, als „eine Handlung wollen"[100]); als den wesentlichen Unterscheidungsgrund gibt Bekker an, dafs der Wille (nach seiner unrichtigen Prämisse) alleinige Ursache der Handlung sei, während ein Erfolg uns überall als das Produkt mehrerer konkurrierender Ursachen erscheint; das angebliche Wollen des Erfolges reduziere sich darauf, dafs man ihn *vorhersieht und billigt;* und da das Billigen dort, wo man handelt und vorhersieht, selbstverständlich ist, so wird der Begriff der „vollen Schuld", des *dolus* erschöpft durch Wollen der Handlung und Vorhersehen des Erfolges.

Bekker geht also von der Vorausssetzung aus, dafs man nur dasjenige wollen könne, dessen ausschliefsliche Ursache man vermöge des Willens zu setzen im Stande sei. Diese zweite Prämisse des gezogenen Schlusses wird aber nicht einmal ausgesprochen, geschweige denn irgend begründet. Ich erkläre sie für reinste Willkür. Aufser der rein logischen Operation des Schlusses aus den angegebenen Prämissen führt Bekker gar nichts an, was seine Behauptung, dafs man einen Erfolg nicht wollen könne, rechtfertigen würde; insbesondere findet sich nicht die

---

100) Dieser Behauptung liegt etwas wahres zu Grunde, wie im zweiten Bande ausgeführt werden soll; es besteht ein grofser Unterschied zwischen dem der Innervation unmittelbar vorausgehenden Akte und dem Wollen eines Erfolges; aber gegenüber der Innervation ist die Körperbewegung selbst schon ein entfernterer „Erfolg" im Sinne Bekkers; wenn man seine Theorie konsequent durchführt, so kann man nur die Innervation, das erste zur Körperbewegung führende Stadium, gewollt nennen. Wenn wir nun das Wollen als den die Innervation auslösenden psychischen Akt und das Wollen eines Erfolges sondern, so haben wir deshalb noch keine Berechtigung, für einen dieser beiden Begriffe den früher gemeinsamen Namen des Willens in Anspruch zu nehmen; noch weniger aber ist B. berechtigt, die an den Willen geknüpften ethischen und rechtlichen Vorstellungen ohne weiteres auf das, was er Willen nennt, zu übertragen; denn diese Vorstellungen haben sich im Laufe von Jahrhunderten gerade an einen Willensbegriff angesetzt, dem das Wollen des Erfolges wesentlich war.

Spur einer *psychologischen* Untersuchung über das Willensphänomen; es ist also auch kein Anlafs zu weiterer Widerlegung gegeben.

Von höchstem Interesse ist es, dafs Bekker glaubt, in dieser Schuldform, die er *Vorsatz* nennnt, das *Willensprinzip* völlig gewahrt zu haben. Ein Wille kommt allerdings dabei vor: die Handlung ist gewollt! *Aber dieser Wille bezieht sich, wie ich behaupte, auf etwas ganz irrelevantes, während das einzig erhebliche, der Erfolg, von ihm nicht umfafst ist.* Das mag schon hier näher dargelegt werden.

Die Mehrzahl der gesetzlichen Thatbestände — man mag sie mit Binding auf Verhaltungsnormen beziehen, oder aber einfach als Bedingung der Strafsanktion auffassen — haben zum Mittelpunkte einen bestimmten Erfolg. Bleiben wir bei den Tötungsdelikten. Verboten (beziehungsweise Bedingung der Anwendung der gedrohten Strafe) ist *das Setzen des Erfolges: „Tod eines anderen Menschen“;* das ist das Wesen der Sache! Die Handlung, die zu diesem Erfolge führt (nach Bekker z. B. das Krümmen des Fingers, das den Hahn des Gewehres in Bewegung setzt) ist an sich rechtlich ganz gleichgiltig! Man kann diese Bewegung tausendmal vollziehen, ohne irgendwie anzustofsen; nur durch die Beziehung zu einem künftigen Erfolge kann der *Schein* entstehen, als ob die Handlung selbst strafbar wäre[101]); wie unrichtig dies ist, ersieht man beim *Versuch:* wenn unmittelbar nach dem Beugen des Fingers eine fremde Macht den von mir beabsichtigten Kausalverlauf hemmt, erfolgt da die Bestrafung mit Rücksicht auf die Handlung — die ganz harmlos verlaufen ist — oder mit Rücksicht auf den angestrebten Erfolg?

Die Hauptsache ist und bleibt also der Erfolg; die Handlung hat gar keine selbständige Bedeutung, sie strahlt gleichsam in erborgtem Lichte. Wenn wir das Willensprinzip durchführen wollen, so müssen wir naturgemäfs verlangen, dafs der Wille sich gerade auf dasjenige beziehe, was den Kern des Deliktes bildet, nicht auf unwesentliche Umstände. Dieser Forderung entspricht die Theorie Bekker's nicht im geringsten; wie äufserlich sie sich mit dem Willensprinzip abfindet, sieht man sogleich, wenn man an die unvorhersehbaren Folgen einer gewollten Handlung denkt: *bei diesem juristischen Zufall liegt ganz genau dasselbe Wollen der Handlung vor, wie bei Bekker's Vorsatz;* nur in der Voraussicht ist etwas geändert. Man sieht, wie gleichgiltig dieses Wollen der Handlung ist.

Neben der „vollen Schuldform“ des Vorsatzes kennt Bekker noch etwas, was er *Absicht* nennt. Die Absicht gehört zu den *Motiven* der Handlung (286); „nur das Vorhersehen eines Erfolges pflegen wir Ab-

---

101) Alles dies ist natürlich anders bei jenen Gesetzen, die eine *Handlung* mit Strafe bedrohen.

sicht zu nennen, das uns zum Handeln antreibt" (292). Die verwendeten Beispiele stellen es aufser Zweifel, dafs unser Autor unter Absicht genau jenes psychische Phänomen versteht, das die Römer mit ihrem dolus bezeichnen, das Wollen des Erfolges; aber er kann dies natürlich nicht zugestehen.

Als die hervorstehendste Bedeutung der Unterscheidung von Vorsatz und Absicht wird angegeben (309 f.), dafs sie uns in den Stand setzt, den ganzen Distinktionenkram von dolus determinatus und indeterminatus, directus, indirectus, und die feineren Unterscheidungen d. exclusivus, alternativus, eventualis mit gutem Gewissen bei Seite zu werfen. Alle diese „haben nur Bedeutung, wenn wir den Dolus als Absicht charakterisieren. Macht schon Vorsatz vollen Dolus aus, so vereinfacht sich die Lehre und jene Unterscheidungsnamen werden bedeutungslose Formeln."

Bekker übersieht nicht, dafs nach geltendem Recht zu manchen Delikten (z. B. Diebstahl) Absicht unbedingt erfordert sei, und sucht den inneren Grund dafür festzustellen. Im allgemeinen aber genüge der Vorsatz.

Der Umfang des Vorsatzes wird auf S. 258 ff. genau ausgeführt; er deckt sich im wesentlichen mit dem, was ich in der Einleitung als Wissentlichkeit bezeichnet habe. Zum Vorsatz sei nur ein ungefähres Bild des als möglich vorgestellten Erfolges notwendig. „Nun leuchtet ein, dafs je matter und unsicherer das Bild des verbrecherischen Erfolges wird, und *je geringer dem Thäter die Wahrscheinlichkeit ist,* dafs dieser Erfolg eintreten werde, desto mehr die Schuld sich mindert, *bis endlich sie ganz zusammenschmilzt.* Man mufs einräumen, dafs *bei jedem beliebigen äufseren Verbrechensbestande eine völlig allmähliche Modifikation der inneren Momente von höchster Schuld bis zur Unschuld ohne jeglichen Sprung denkbar ist, durch welche eine ebenso gleichmäfsige Verringerung der Strafbarkeit bis zur Straflosigkeit bedingt wird.* Wo hiernach der Dolus als ein kleiner nur wenig bedeutender erscheine, möge der Staat ihn übersehen" (268 f.). Eine weitere Grenze ist der Fall, wo die Voraussicht so vage, dagegen der anderweitige nützliche Erfolg der Handlung so grofs ist, dafs ein „guter und getreuer Staatsbürger" sich durch diese Voraussicht von der Handlung nicht hätte abhalten lassen (270 ff.)

Diesen Vorsatz betrachtet Bekker als die Inkarnation des Schuldbegriffes; die Absicht hat daneben nur wenig Bedeutung. Was für Unterschied solle es machen, ob in sonst gleichen Fällen, bei gleicher Gefährdung des Staates, der Thäter den Erfolg nur als möglich vorausgesehen, oder aber bei Voraussicht der gleichen Möglichkeit beabsichtigt habe? [102])

---

102) Vgl. S. 321 f.; die vorläufige Antwort auf diese Frage s. o. S. 232.

Es ist ein grofser Fehler Bekker's zu verschweigen, dafs er die Lehre von einem Dolus vorträgt, der reines rechtspolitisches Postulat ist[103]; keines der deutschen Strafgesetze, die er vor Augen hat, denkt auch nur im entferntesten daran, für dolose Verbrechen einen so weiten Spielraum nach unten bis an die Grenze der völligen Straflosigkeit zu gestatten. Die Strafminima für dolose Tötung betragen überall mehrere Jahre schwerer Freiheitsentziehung, und darin kann man doch nur den Ausdruck der gesetzgeberischen Überzeugung sehen, dafs auch die geringste noch als Dolus qualificierbare Schuld immerhin eine sehr erhebliche Schuld sei, nicht aber an der Grenze der Unschuld sich bewege.

Es ist klar, dafs Bekker's Vorsatzbegriff, der nach unten bis an die Grenze der Unschuld und Straflosigkeit reicht, die sog. bewufste Fahrlässigkeit in sich einschliefst. In der That bemerkt er auf Seite 445, dafs die luxuria bei ihm zum dolus falle und definiert (S. 330 f.) die Fahrlässigkeit zunächst als ein schuldvolles Nichtwissen, Nichtsehen. Anderwärts jedoch tritt er für „die logisch richtige Unterscheidung einer bewufsten und unbewufsten Kulpa“ auf (415), oder bemüht sich, den Gegensatz von dolus eventualis und Frevelhaftigkeit festzustellen (428), was natürlich keinen Zweck hat, wenn letztere zum Dolus gehört.

Und nun sind wir soweit, um die Bedeutung der ganzen Lehre Bekker's erfassen zu können. Er hat die allgemeine Kategorie, die fast das gesammte Gewirre der neuen Dolusarten in sich schliefst, richtig erkannt und hat ihr die durch ihre formale Natur bedingte Ausdehnung nach unten gegeben. Aber es war ein Irrtum, diesen „Vorsatz“ irgend mit dem herkömmlichen Dolusbegriff zu identifizieren; damit hängt zusammen der weitere Irrtum, aus diesem Dolusbegriffe den wesentlichen Inhalt, das Wollen des Erfolges, zu eliminieren. Was zur Rechtfertigung dieses Vorgehens angeführt wird — dafs nämlich der Erfolg gar nicht gewollt werden könne — ist psychologisch falsch. Der Schlüssel aller dieser Irrtümer liegt darin, dafs Bekker einer allgemein üblichen falschen Methode folgend seine bessere Erkenntnis, statt sie kühn dem Hergebrachten entgegenzustellen, in die enge Form des geltenden Rechtes pressen will; ein schwieriges Werk: bald ist das gesetzte Recht stärker und unterdrückt den neuen Gedanken, bald wieder sprengt dieser die Formen des ersteren.

Als eine weitere Etape auf dem Wege zur Wahrheit ist jene

---

103) Ich mache ihm daraus keinen Vorwurf; es lag in der Tendenz der Zeit, Erwägungen de lege ferenda der lex lata unterzuschieben; und die Gesetzgebung leistete dem Vorschub, indem sie Fragen absichtlich ungelöst „*der Wissenschaft*“ überliefs, die sich auf echt wissenschaftliche Weise gar nicht lösen lassen. Darüber noch unten ein mehreres.

Theorie zu betrachten, welche der Praktiker v. Wick[104]) vertreten hat. Er ist sich darüber völlig im Klaren, dafs seine Ansichten der positiven Gesetzgebung gegenüber nicht Auslegung, sondern Postulat sind. Mit der Doktrin seiner Zeit hat der Verfasser wenig Fühlung, und unterdrückt geflissentlich jede äufsere Beziehung zu derselben. Seine Theorie macht ganz den Eindruck eines „guten Einfalles“, der ihm wohl bei der Lektüre eines oder des anderen Autors gekommen ist; Baumeister einerseits, Köstlin und Herrmann anderseits sind seine nächsten Vorgänger. Der wesentliche Inhalt seiner Theorie ist der folgende.[105])

Den Grund jeder Strafbarkeit bildet eine Willensschuld; auch bei der Fahrlässigkeit liegt eine solche vor: es mangelt der gute Wille, die strafbare Handlung zu vermeiden.[106]) Weiter geht der Vorsatz, der (positive) Wille, die Handlung nicht zu vermeiden.[107]) Dieser Vorsatz besteht in dem Wollen und Wissen der Handlung, und zweitens in dem Wissen der strafbegründenden Thatsachen, darunter auch des Erfolges. „Vorsätzlich“ und „wissentlich“ sind identische Begriffe.[108]) Das „Wissen“ darf nicht exakt genommen werden; es genügt, dafs der Thäter die Thatsachen für wahrscheinlich, oder auch nur für leicht möglich[109]) gehalten hat. Diese Folgen hat der Thäter nicht vermeiden wollen, er hat in sie eingewilligt; aber diese Einwilligung ist scharf zu scheiden von dem positiven Wollen des Erfolges; der Wille des Thäters ist vielmehr überall nicht auf dieselben (die Folgen) gerichtet, weder direkt, noch indirekt, sondern er läfst sie nur zu, vermeidet sie nicht.“[110])

„Es kann aber noch eine höhere Stufe des Verschuldens geben, und auf dieser steht derjenige, welcher die Handlung vollbringt, um da-

---

104) Da seine erste Abhandlung im Jahre 1857 erschien, ist es sicher, dafs er von Bekker nicht beeinflufst ist; auch das Umgekehrte scheint der Fall zu sein. Im Folgenden ist ausschliefslich die letzte Abhandlung benutzt, welche das Wesentliche der früheren, soweit der Autor es aufrecht erhielt, gut zusammenfafst.

105) Vgl. die cit. Abhandlung, SS. 6, 8; 7; 2; 23—27; 17 ff.; 88; 42 f; 89; 5 f.

106) Das ist Kleins „negativ-böser Wille“.

107) Der vorher und später zu Tode gehetzte Ungedanke des „Nicht-Nichtwollens“, das „non aversari“ Wolfs. Darüber noch im zweiten Bande.

108) Also in diesem Punkte der Antipode Herrmanns. Ich glaube, dafs beide Unrecht haben.

109) „Leicht möglich (nicht unwahrscheinlich) nennen wir eine Thatsache, wenn uns dieselbe nicht mehr und nicht weniger wahrscheinlich ist, als ihr Gegenteil.“ Das „aeque facile“ der alten Doktrin, eine durchaus zu hoch gegriffene Grenze. (S. 18). — Wenn der „Glaube“ mit dem Wissen im Widerspruch ist, liegt kein Vorsatz vor (S. 18 f.). Dieser Glaube ist mit Köstlins „Hoffnung“ identisch.

110) Der Verfasser unterscheidet einen eventuellen Vorsatz, charakterisiert durch das Wissen künftiger Thatsachen, von dem nicht-eventuellen Vorsatz, dem Wissen gegenwärtiger oder vergangener Thatsachen; S. 25 f. Ich gehe darauf hier nicht näher ein, und behandle nur W.s eventuellen Vorsatz.

durch die strafbegründenden Folgen herbeizuführen. In diesem Falle ist mehr als einfacher Vorsatz vorhanden. Der Thäter hat die Folgen zum Zwecke seiner Handlung gemacht, diese ist das Mittel, um jene herbeizuführen. Sein Wille ist auf die Folgen gerichtet." Diese Schuldstufe nennt der Autor *Absicht.*

Der Vorsatz ist „eine Stufe der Schuld, welche zwischen der Absicht und der Fahrlässigkeit mitten inne liegt." Diese Ansicht ist eine der Grundirrtümer v. Wick's; denn nun mufs er naturgemäfs eine Ausnahme machen, nämlich für „die schwersten Fälle des eventuellen Vorsatzes, wo der Thäter den Erfolg mit Gewifsheit oder mit höchster Wahrscheinlichkeit vorausgesehen hat. In diesen Fällen wird die Handlung ebenso strenge zu bestrafen sein, als wenn sie mit Absicht begangen wäre. Denn ein Erfolg, den wir als die gewisse oder höchst wahrscheinliche Folge einer Handlung ansehen, den vermögen wir von dieser nicht mehr zu trennen; beide fallen für unser Bewufstsein gleichsam in einen Akt zusammen; mithin wer seinen Willen auf die Handlung richtet, der richtet ihn eben damit zugleich auf den Erfolg." So ist v. Wick genau bei jener Mufspsychologie angelangt, die er bei seinen Vorgängern getadelt hat. Auch er glaubt den Satz, dafs die höchsten Formen der Wissentlichkeit eben so schwer strafbar sind, wie Absicht, nicht anders begründen zu können, als durch die Identificierung derselben mit der Absicht, obwohl gerade sein Absichtsbegriff mit der scharfen Hervorhebung des Zweckmomentes das ganz unmöglich macht. In ähnlicher Weise würde er gestatten, „die niedersten Grade der Wahrscheinlichkeit noch zur Fahrlässigkeit zu rechnen."

Ein weiterer grober Fehler war die Wahl des Namens für diese „mittlere Schuldstufe". An dem Worte „Vorsatz" hängt durch jahrhundertlange Tradition die Vorstellung, dafs dabei ein Wollen das entscheidende sei; wenn nun v. Wick bei dem Normalfalle seiner mittleren Schuldform ein irgendwie auf den Erfolg gerichtetes Wollen (mit Recht) läugnet, so durfte er dafür nicht den Namen „Vorsatz" wählen. Dafs dabei mindestens die Handlung gewollt sein mufs, gab ihm dazu umso weniger die Berechtigung, als er selbst einsieht, dafs das gleiche auch für die Fahrlässigkeit gilt, und es daher für ihn besonders nahe lag zu bedenken, dafs durch Wissen und Wollen der Handlung (im engeren Sinne, also mit Ausschlufs des Erfolges) nicht einmal der juristische Zufall ausgeschlossen erscheint; wie oben zu Bekker ausgeführt worden ist.

Im wesentlichen ist die Lehre v. Wick's eine Wiederholung dessen, was der in den Fünfzigerjahren längst vergessene Klein bereits ausgeführt hatte. Diese unbewufste Rückkehr in früher betretene und als unbrauchbar verlassene Bahnen charakterisiert den Gang der Wissenschaft. Sie hat alles aufgeboten, um die Aufgabe, wie sie sich dieselbe

gestellt hatte, zu lösen; und sie ist bei diesem Bestreben genau an ihren Ausgangspunkt zurückgekehrt. Jene Frage aber, um welche sich alles im schädlichen Kreise gedreht hat, war die nach der Behandlung des wissentlich herbeigeführten, aber nicht beabsichtigten Erfolges.

---

## § 11.

## Die Behandlung der Schuld in den partikularen deutschen Strafgesetzbüchern.

**Litteratur.**

Die genauen Titel der abgekürzt citierten Entwürfe und Motive geben Berner, Die Strafgesetzgebung in Deutschland. 1867; Binding, Die gemeinen deutschen Strafgesetzbücher I, 2. Aufl. 1877, 4ff.; Wachenfeld, Mord u. Totschlag, passim. Die Gesetze sind citiert nach Stenglein, Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher, 1858. — Anmerkungen über Codex Iuris Bavarici Criminalis von einem unbenannten Authore (d. i. Kreittmayr, der Verfasser des Codex; s. die „Anmerkungen" zum St.-G. v. 1813, I, 6, in der Note). Anmerkungen zum Strafgesetzbuche für das Königreich Bayern. Nach den Protokollen des königl. geheimen Raths. 3 Bde. 1838. (1. Aufl. 1813, 1814). Bauer. „Entwurf eines Strafgesetzb. f. d. Königr. Hannover. Mit Anmerkungen von Bauer. 1826; Zweiter Teil unter dem Titel: „Anmerkungen zu dem Entwurfe etc." 1828. Beseler, Commentar über das St.-G.-B. f. d. preufsischen Staaten. 1851. v. Bothmer, Erörterungen und Abhandlungen aus dem Gebiete des Hannoverschen Criminal-Rechts und Criminal-Processes. I, 1843. Goltdammer, Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche f. d. Preufsischen Staaten. I, 1851, II, 1852. Kleinschrod, G. A., Entwurf eines peinlichen Gesetzbuchs für die kurpfalzbaierischen Staaten. München 1802. Leonhardt, Commentar über das Criminalgesetzbuch f. das Königr. Hannover. I, 1846, II, 1851. Oppenhoff, Das St.-G.-B. für die preufs. Staaten. 2. Aufl. 1858. Puchelt, Das Strafgesetzbuch für das Grofsherzogtum Baden 1868. Thilo, Die Strafgesetzgebung des Grofsherzogtums Baden. I, 1845.

Nachdem wir die Hauptströmungen in der gemeinrechtlichen Wissenschaft kennen gelernt haben, gilt es nunmehr den Standpunkt, welchen die deutschen Gesetzgebungen in der Schuldfrage eingenommen haben, darzustellen. Zu diesem Zwecke halte ich es nicht für nötig, alle partikularen Strafgesetze von der Wiege bis zum Grabe zu verfolgen. Ich habe vielmehr eine Auswahl getroffen, und beschäftige mich nur mit jenen Gesetzen, die unmittelbar für das Reichsstrafgesetzbuch mafsgebend waren, wie das St.-G. für Preufsen von 1851, oder mittelbar, indem sie eben dem preufsischen als Muster dienten; hierher gehören die Strafgesetze für Bayern von 1813 und für Hannover von 1840. Anhangs-

weise folgt das badische St.-G., das leider nicht als Vorbild gedient hat. Von diesen vier Gesetzgebungen läſst sich sagen, daſs sie gleichsam als Typen der ganzen Entwicklung angesehen werden können. Ich habe beim Studium der übrigen keinen wichtigeren Rechtsgedanken angetroffen, der nicht schon in diesen Gesetzen zum Ausdruck gelangt wäre.

## I. Das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern vom 16. Mai 1813.

Der Codex Juris Bavarici Criminalis vom Jahre 1751 regelt die Schuldfrage noch dem Herkommen gemäſs bei Gelegenheit der Tötungen.

I. Theil, III. Kap., § 1. Der Todschlag, welcher mit bösen gefährlichen Fürsatz verübt wird, soll mit dem Schwerdt bestraft werden.

§ 2. Wer in böser Meinung, dem anderen Schaden zu thun, etwas gegen ihn unternimmt, was ohne augenscheinlicher Todesgefahr so leicht nicht unternommen werden mag, soll mit der Ausred, ob hätte er nicht den Tod, sondern eine Verwundung und dergleichen vorgehabt, nicht angehöret werden.

Das liest sich thätsächlich ganz wie eine präsumtio doli, und wird auch allgemein als solche aufgefaſst.[1]) Aber aus den Anmerkungen Kreittmayrs ergibt sich, daſs der § 2 die herrschende Lehre vom dolus indirectus im Anschlusse an Leyser und Böhmer zum Ausdruck bringen sollte; daſs diese Schuldform auch nach Kreittmayr's Ansicht nicht bloſs eine prozessuale, sondern sogar vorwiegend eine materiellrechtliche Bedeutung hatte, folgt aus seinem Ausspruch, sie bestehe „in dem bösen Willen, dem anderen *ohngeachtet der dabei obschwebenden Tods-Gefahr* Schaden zu thun.“ Dieser Satz ist ein getreuer Ausdruck des Gedankens, der dem dolus indeterminatus Feuerbachs zu Grunde liegt.

Der Entwurf Kleinschrods vom Jahre 1802 schlieſst sich im wesentlichen an die um die Wende des Jahrhunderts gängige Lehre an.[2]) Die Folgen der Handlung werden zum Vorsatze zugerechnet, wenn der Thäter die Handlung mit Überlegung vornimmt, dabei deutlich einsieht, daſs aus seiner That ein Verbrechen gewöhnlich und leicht entstehen könne, und in dasselbe einwilligt (§§ 34, 35, 36). Dieser Dolusbegriff wird bei dem Tötungsverbrechen wiederholt:

§ 802. Der bösliche Vorsatz des Todtschlages besteht in dem Entschlusse zu einer Handlung oder Unterlassung, *obschon man dabei ein-*

1) Die Ähnlichkeit mit der (späteren) Theresiana ist auffallend. — Über Indizienbeweis handelt der Codex in Th. I, Kap. 12, § 11; Th. II, Kap. 4, 5. Auf Grund von Indizien wird die ordentliche Strafe nicht verhängt.

2) Über Kleinschrods „Systematische Entwicklung“ s. o. S. 180, Anm. 103.

*sieht,* sowohl dafs diese Handlung oder Unterlassung gesetzwidrig sei, als auch dafs dieselbe den Tod eines Menschen notwendig bewirke.

§ 803. Hat sich Jemand zu einer Handlung entschlossen, bei welcher er einsah, dafs daraus ein Todtschlag entstehen könne: so sind die §§ 34 bis 36 anzuwenden.

Bekanntlich wurde dieser Entwurf infolge der Kritik Feuerbachs fallen gelassen, und der Kritiker beauftragt, einen neuen Entwurf[3]) vorzulegen, auf Grund dessen das Gesetz von 1813[4]) zustande kam. Die einschlägigen Bestimmungen desselben lauten:

Art. 39. Mit rechtswidrigem Vorsatze (dolus) wird ein Verbrechen begangen, wenn eine Person die Hervorbringung des aus ihrer Handlung entstandenen Verbrechens sich als Zweck und Absicht dieser ihrer Handlung vorgesetzt hat, und sich dabei der Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit dieses Entschlusses bewufst gewesen ist.

Dabei schliefst weder die Meinung: was unter bürgerlicher Strafe verboten ist, sei nach dem Gewissen oder der Religion erlaubt gewesen, noch der Irrtum oder die Unwissenheit blofs über Art und Gröfse der Strafe, noch die Beschaffenheit des Endzweckes oder Beweggrundes, um dessentwillen der Entschlufs zum Verbrechen gefafst worden, den rechtswidrigen Vorsatz aus. (Vgl. Art. 71.)

Art. 40 behandelt die sog. actio libera in causa.

Art. 41. Wer mit dem Vorsatze, ein Verbrechen zu bewirken, eine Handlung unternommen hat, woraus eben so leicht ein gröfseres als ein geringeres Verbrechen entstehen kann, ist in Ansehung des daraus entstandenen Verbrechens als vorsätzlicher Übelthäter zu bestrafen, und soll mit dem Vorwande, dafs seine Absicht nur auf das geringere Verbrechen gerichtet gewesen sei, nicht gehört werden.

Art. 42. Hat ein vorsätzlicher Verbrecher aus Irrtum oder Unwissenheit über gewisse Thatsachen diejenige Eigenschaft seiner Handlung nicht gekannt, welche deren Strafbarkeit vermehrt, sonach ein schwereres Verbrechen begangen, als er begehen wollte, so ist ihm die That nur in so weit zum rechtswidrigen Vorsatz anzurechnen, als sie in seiner Absicht gegründet war.

Art. 43. Bei einer wider eine Person erwiesenen gesetzwidrigen That wird gesetzlich angenommen, dafs dieselbe aus rechtswidrigem Vorsatz gehandelt habe, soferne nicht aus den besonderen Umständen die Gewifsheit oder Wahrscheinlichkeit des Gegenteils sich ergibt.

---

3) Dieser Entwurf (v. J. 1810) ist mir leider nicht zugänglich.

4) Dieses Gesetzbuch wurde epochemachend, und ist in vielen Punkten vorbildlich für die spätere Legislation, auch aufserhalb Deutschlands; die letzte Gesetzgebung, die sich, teilweise wörtlich, anschliefst, ist das Argentinische Strafgesetz von 1886. Über den Einflufs auf die deutschen Partikular-Strafgesetzbücher zu vergl. Motive z. preufs. Entw. I, 1828, Vorwort p. IV, f.

Art. 44. Wenn jemand mit erwiesener Absicht eine Handlung vorgenommen hat, woraus, nach allgemein bekannter Erfahrung, ein bestimmter gesetzwidriger Erfolg unmittelbar und notwendig zu entstehen pflegt, so ist für erwiesen anzunehmen, dafs dieser Erfolg der Handlung ebenfalls beabsichtet gewesen sei, woferne nicht durch klare Beweise das Gegenteil dargethan werden kann.

Art. 64. Jeder Unterthan ist schuldig, gefährliche Handlungen zu unterlassen, und in jedem Unternehmen mit gehöriger Aufmerksamkeit und Bedachtsamkeit zu verfahren, damit er auch nicht unabsichtlich Andere an ihren Rechten verletze, oder Gesetze des Staates übertrete. Wer dieser Verbindlichkeit zuwider etwas gethan oder unterlassen hat, woraus ohne seine Absicht eine in diesem Gesetzbuche enthaltene Übertretung entstanden ist, wird deshalb wegen Vergehen aus Fahrlässigkeit verantwortlich.

Die Einteilungen der Fahrlässigkeit bieten für uns kein Interesse mehr.

In diesen Bestimmungen erkennen wir sofort die Lehren Feuerbachs. Die Dolusdefinition in Art. 39, die obligatio ad diligentiam in Art. 64 bilden die Marksteine; Art. 41 soll zweifellos den dolus indeterminatus regeln[5]; der an den Codex von 1751 anklingende Schlufssatz steht allerdings mit dem bei Feuerbach rein materiellrechtlichen Begriffe dieser Dolusart nicht in Einklang[6]; der Wortlaut dieses Artikels läfst den Versuch mit dolus indeterminatus ausgeschlossen erscheinen. Aus Art. 42 ergibt sich, ähnlich wie aus § 2 lit. g. des österreichischen St.-G. v. 1803, dafs der Thäter die gefährliche Eigenschaft seiner Handlung wirklich gekannt haben müsse. Die folgenden zwei Artikel sind rein processualen Inhaltes; sie stellen die allgemeine präsumtio doli auf, die Feuerbach ursprünglich vertreten hat[7]; Art. 43 sagt, dafs die gesetzwidrige „That“ — wir würden heute sagen: „*Handlung*“ — als beabsichtigt vermutet werde; Art. 44 spricht dasselbe aus vom *Erfolge,* soferne er nach allgemein bekannter Erfahrung *unmittelbar und notwendig* aus der Handlung zu entstehen pflegt. Wie im öster-

5) Dies erkennen auch die „Anmerkungen“, I, 154, an: „Durch diese Bestimmungen sind jene in der Rechtslehre bekannten Streitigkeiten über die verschiedenen Einteilungen und Unterabteilungen über den sogenannten indirekten alternativen oder indeterminirten Dolus, oder über die durch Dolus determinierte Culpa u. d. glücklich gehoben, welche bisher die Wissenschaft verwirrt, die Praxis irregeleitet, den Verbrechern zum Zufluchtsorte gedient haben.“

6) Ich vermute, dafs dieser Passus ein Werk der Kommission ist, welche, nach den „Anmerkungen“ zu schliefsen, alles vom Standpunkte des Beweises auffafste.

7) F. zog seine Ansicht zurück in der 9. Aufl. seines Lehrbuchs (1826), § 87. Vgl. dazu die Noten Mittermaiers, und die zu § 10 angeführten Schriften von v. Grolman, Wening, Borst, Vollgraff. — Bekanntlich ist die Schuldpräsumtion aus den deutschen Strafgesetzen noch nicht verschwunden.

reichischen St.-G. v. 1803, § 413, so ist auch hier die Voraussetzung der Doluspräsumtion eine andere, ungleich strengere als die des dolus indirectus s. indeterminatus: der Erfolg mufs die *notwendige*, nicht blofs *leicht mögliche* Folge der Handlung sein.

Ganz anders stellt sich jedoch das Gesetz im Spiegel der offiziellen „Anmerkungen“[8]) dar. Diese wissen zwar, dafs es sich bei der ganzen Sache auch um „den sogenannten indirekten alternativen oder indeterminierten Dolus, oder über die durch Dolus determinierte Culpa u. d.“ handelt[9]); aber sie fassen die Art. 41—44 *ausschliefslich* unter dem Gesichtspunkte von Beweissätzen auf. Der Art. 44 enthalte das eigentliche Princip, aus dem die übrigen, auch Art. 41, zu erklären seien. Nun ist es ja möglich, dafs der königliche geheime Rat, nach dessen Protokollen die „Anmerkungen“ verfafst sind, Feuerbachs dolus indeterminatus in diesem Sinne — verstanden hat. Das Gesetz selbst kann nach den gewöhnlichsten Interpretationsregeln nicht so verstanden werden, schon deshalb nicht, weil wir keinem Gesetze ohne zwingenden Grund zumuten dürfen, dafs es gleichsam in einem Atemzuge die Voraussetzungen für die gleiche Rechtsfolge (hier: praesumtio doli) zweimal, und noch dazu ganz verschieden, formuliert, wie dies nach den Anmerkungen in Art. 41 und 44 der Fall wäre.[10])

Eine besondere Erwähnung verdienen noch die durch den Erfolg qualifizierten Delikte, deren das bayerische St.-G. eine nicht unbedeutende Zahl aufweist. Im Sinne des Gesetzes ist wohl auch hier[11]) anzunehmen, dafs diese Erfolge, die oft eine aufserordentliche Erhöhung des Strafmafses, ja selbst die Todesstrafe bedingen, mindestens zum dolus indeterminatus zurechenbar sein müssen. Anders die „Anmerkungen“ in einer recht charakteristischen Stelle (II, 3f.):

„Überdiefs mufs ausdrücklich bemerkt werden, dafs bei jenen Verbrechen, welche in einer anderen Beziehung strafbar, und nur da, wo der Tod eines Menschen durch jenes Verbrechen entstand, als höchster

8) Die berüchtigten „Anmerkungen“ sind mit Patent v. 19. Okt. 1813 publiciert, geben sich als Werk einer Kommission des geheimen Rates, sollen aber von Gönner verfafst sein; so Mittermaier, zu Feuerbach § 87 Note II. Feuerbach selbst hat an diesem Werke keinen Anteil; vgl. Arnold im Arch. d. Criminalr. N. F. 1843, p. 97f. Gegen die „Anmerkungen“ auch Oersted, Grundregeln, 305ff.

9) S. o. Anm. 5.

10) Arnold berichtet im Arch. N. F. 1843 S. 529ff. über die bayrische Praxis. Man fafste den Art. 41 im Anschlusse an die „Anmerkungen“ als praesumtio doli auf; war recht verwundert darüber, dafs er offenbar den Gegenbeweis ausschliefst; glaubte aber die letztere Bestimmung durch Art. 44 derogiert. — Über den besonderen Fall der Vergiftung, Art. 149, s. die „Anmerkungen“, II, 23.

11) Wie in Österreich; s. o. S. 201. — Wem innere Gründe nicht genügen, der lese Feuerbach, Kritik, II, 94ff., wo von diesen Fällen gehandelt wird; man vergleiche insbesondere das Beispiel, S. 95: Brandstiftung, mit der Folge Tod.

Grad *jenes* Verbrechens mit einer Kriminalstrafe, oft sogar mit der Todesstrafe belegt sind, es auf diese Absicht zu tödten gar nicht ankomme, weil die Tödtung das Hauptmoment im Begriffe jener Verbrechen nicht ist, sondern nur die Strafbarkeit im Grade nach dem Erfolge des Verbrechens steigert, wenn gleich dieser Erfolg nicht der Zweck des Verbrechens selbst war. Dieser Fall tritt ein a) bei der Abtreibung der Leibesfrucht (Art. 173 § 3), wenn der Tod der Mutter erfolgte; b) bei der Aussetzung hülfloser Personen im Falle der Artikel 175, 176; c) wenn die genothzüchtigte Person an den Mifshandlungen gestorben (Art. 189); d) bei dem Raube (Art. 239 u. 240); e) bei der Brandlegung (Art. 248) auch f) kann der im Art. 292 bestimmte Fall eines falschen Zeugnisses hierher gerechnet werden; g) bei den Rädelsführern eines Tumultes oder Aufstands in dem (Art. 322) bezeichneten Falle".

„Diese Bemerkung erprobt, wie wichtig es sei, jedes Verbrechen unter die angemessene Klasse nach seinem Hauptmomente richtig zu stellen; denn wer würde z. B. bei der Brandlegung, wenn das Hauptmoment ihrer Strafbarkeit im erfolgten Tode eines Menschen läge, auf die Todesstrafe erkennen, ehe die *Absicht zu tödten* hergestellt ist? Eben dieses gilt von allen übrigen vorbemerkten Fällen, und darum hat das Gesetzbuch den *Raubmord* u. d. im Kapitel von der Tödtung mit grofsem Vorbedachte nicht als eigentümliche Art des Mordes aufgezählt".[12])

Diese Bemerkung interessiert als einer der ersten Versuche, diese Art qualifizierender Erfolge von den allgemeinen Regeln über Schuld und Zurechnung auszunehmen; ein Streben, das bekanntlich — zur Schmach unserer Wissenschaft — mit Erfolg gekrönt worden ist. Als treibende Motive zeigen sich dabei Reste des noch immer nicht überwundenen Rachegedankens, der als „Vergeltungsprinzip" in verfeinerter Form wiedererstanden ist; das unausrottbare Unkraut des Satzes: versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto; schliefslich die Furcht vor der Beweisschwierigkeit. Bei den bayrischen „Anmerkungen" kommt dazu noch der Umstand, dafs ihnen die materiellrechtliche Erweiterung des römischen Dolusbegriffes, die gerade in den fraglichen Fällen am meisten zur Anwendung gelangen wird, ganz fremd ist.

Die Begründung der „Anmerkungen" ist ganz haltlos. Ob das Gesetz einen Komplex von Handlungen und Erfolgen als Verbrechen der Tötung durch Brandstiftung, oder aber als Verbrechen der Brandstiftung, qualifiziert durch den Erfolg: Tod eines Menschen, auffafst, das ist ausschliefslich Sache der Gesetzgebungstechnik. Wenn bei der zweiten Konstruktion mit Rücksicht auf den Erfolg die Todesstrafe

12) Vgl. eod. I, 139f.

verhängt wird, so bedeutet das sachlich eine volle Zurechnung dieses Erfolges; diese Zurechnung mufs also gemäfs der Schuld erfolgen. Wenn A und B in gleicher Weise eine Brandstiftung begehen, und in Folge des Verbrechens des B entstünde durch einen juristischen Zufall der Tod des X, ist vom Standpunkte irgendwelcher Straftheorie aus der B deshalb verworfener, schuldiger, gefährlicher, besserungsbedürftiger als der A? Wer da noch zweifelt, dem kann nicht geholfen werden.[13])

## II. Das Criminalgesetzbuch für das Königreich Hannover vom 8. August 1840.

Unter jenen Gesetzen, die dem bayrischen St. G. sich anschliefsen, ist dieses das wichtigste; es beruht auf einem Entwurfe Bauers aus dem Jahre 1825, der in den uns interessierenden Partien nur unbedeutend modifiziert zum Gesetze wurde.

Das Gesetz handelt im dritten Kapitel des allgemeinen Teiles vom rechtswidrigen Vorsatze und von der Fahrlässigkeit:

Marginal-Rubrik: I. Von dem Vorsatze. A. Merkmale desselben.

Art. 41. Rechtswidriger Vorsatz ist der Entschlufs zu einer strafgesetzwidrigen Handlung mit dem Bewufstsein, dafs sie unerlaubt sei.[14])

Al. 2 ähnlich wie Bayern, Art. 39, al. 2.

Marginal-Rubrik: B. Beweis des Vorsatzes. 1. Im allgemeinen.

Art. 42. Bei einer dem Strafgesetze äufserlich zuwiderlaufenden Handlung hat der Richter unter sorgfältiger Erwägung aller Umstände zu beurteilen, ob sie mit rechtswidrigem Vorsatze oder aus Fahrlässigkeit begangen sei.

Marginal-Rubrik: 2. Einzelne Bestimmungen. a) über den Umfang des Vorsatzes.

Art. 43. Ist anzunehmen, dafs eine dem Strafgesetze zuwiderlaufende Handlung mit rechtswidrigem Vorsatze verübt worden, und ist dieselbe von der Beschaffenheit, dafs daraus nach allgemeiner oder dem Thäter besonders bekannter Erfahrung ein *bestimmter* Erfolg

---

13) Die weitere Entwicklung des bayrischen Strafrechtes bietet geringeres Interesse; die ersten Entwürfe stehen unter dem Einflusse Gönners, folgen daher den „Anmerkungen“ in vielen Punkten; vgl. bes. revid. Entw. v. 1827, Art. 35; beachtenswert die Kritik Oersteds, Ausführliche Prüfung, p. 136, 375, die ich aus der preufsischen „Zusammenstellung“, III (1839), 40 f. kenne. Die Doluspräsumtion wird aufgegeben. Der Entw. v. 1831, Art. 41, regelt die culpa dolo determinata nach den allgemeinen Bestimmungen über die Konkurrenz. — Vgl. Wachenfeld, Mord und Totschlag, 73ff. Zum St.-G. v. 1861: Stenglein, Commentar über d. St.-G. f. d. Königr. Bayern, II, 1862, p. 246, 261, 264; Weis, Das St.-G.-B. f. d. Königr. Bayern, II, 1865, p. 50, 68.

14) In dem Streite, ob eine Definition des Dolus in das Gesetz gehöre, hatte Bauer sich mit gutem Grunde für die Bejahung entschieden; Anm. I, 417f.

zu entstehen pflegt, oder eben so leicht eine *gröfsere* als eine *geringere* Verletzung entstehen konnte, so ist nicht minder anzunehmen, dafs der Thäter den *eingetretenen* Erfolg beabsichtigt habe, sofern nicht aus den Umständen sich mit Gewifsheit oder hoher Wahrscheinlichkeit ergibt, dafs seine Absicht bestimmt und ausschliefslich auf einen andern strafbaren Erfolg gerichtet war. Vorbehaltlich derjenigen besonderen Vorschriften, durch welche die Strafe eines Verbrechens nach der Schwere des eingetretenen Erfolgs, ohne Berücksichtigung der Art des rechtswidrigen Vorsatzes, bestimmt ist.

Dagegen kann ein *ungewöhnlicher* Erfolg dem Thäter nur dann zum rechtswidrigen Vorsatze angerechnet werden, wenn dieser Erfolg in seiner Absicht lag.

Dieser Artikel soll den dolus indeterminatus und seine Unterarten regeln[15]); aber dieser dolus indeterminatus erscheint hier im Gewande eines Beweissatzes; die Präsumtion des Dolus, welche Art. 42 im allgemeinen ablehnt, wird in Art. 43 in Bezug auf den Umfang des Vorsatzes zugelassen, und zwar als eine „aus den Umständen" widerlegbare.[16]) Hierin folgt also das Gesetz den bayrischen „Anmerkungen", auf deren Einflufs auch Leonhardt verweist. Das ist umso auffallender, als Bauer in seinen theoretischen Arbeiten diesen Gesichtspunkt gar nicht kennt, und die verschiedenen Arten des dolus im engsten Anschlusse an die Schule Feuerbachs stets nur als materiellrechtliche Species behandelt; es zeigt sich, dafs in der Gesetzgebung die vis inertiae gröfser ist, als in der Theorie.

Der dolus determinatus erscheint dem Gesetzgeber als schwerere Schuldform, wie sich aus Art. 231 ergiebt: Der Todtschlag soll mit Kettenstrafe bis zu zwanzig Jahren und, wenn erwiesenermafsen der Vorsatz des Todtschlägers *bestimmt und geradezu* auf Tödtung gerichtet war, am Leben gestraft werden.

Der Schlufssatz der ersten Alinea des Art. 43 entspricht ebenfalls dem Standpunkte der bayerischen Anmerkungen.[17])

Das Gesetz fährt unter der Marg.-Rubr.: „b) Über das Zusammentreffen des bösen Vorsatzes und der Fahrlässigkeit" [18]) fort:

Art. 44. Wenn nach den vorstehenden Bestimmungen anzunehmen ist, dafs der Thäter nur einen *minder strafbaren,* als den eingetretenen Erfolg seiner verbrecherischen Handlung beabsichtigt habe, so ist ihm

---

15) Bauer, Anmerkungen, I, 433 ff., im engsten Anschlusse an v. Weber.

16) Bauer, Anmerkungen, I, 436; Leonhardt, Commentar I, 215 ff.

17) Leonhardt, I, 219 ff., gibt jene Fälle, wo dieser Passus zur Anwendung gelangt; er konstruiert sich die Sache so, dafs hier ausnahmsweise kein Gegenbeweis wider die praesumtio doli zulässig sei.

18) Nach der Rubrikeinteilung läge also auch hier eine einzelne Bestimmung über den Beweis des bösen Vorsatzes vor; was eine grofse Gedankenlosigkeit ist.

die That, insoweit sie in seiner Absicht gegründet war, zum rechtswidrigen Vorsatze, hinsichtlich des *eingetretenen* Erfolges aber zur Fahrlässigkeit anzurechnen, vorbehaltlich der besonderen Bestimmungen, nach welchen bei solchen Verbrechen, die ihrer Natur nach den Begriff der Fahrlässigkeit ausschliefsen, die auf einen geringeren Erfolg gerichtete Absicht nur auf die Zumessung der für das verübte Verbrechen verwirkten Strafe von Einflufs ist.

Die Regelung der culpa dolo determinata erfolgt also gegen die Ansicht Feuerbachs nach den sonstigen Vorschriften über Idealkonkurrenz[19]; von dem dolus indeterminatus unterscheidet sich nach Bauers Ansicht[20] die culpa dolo determinata nur durch die geringere Evidenz der Voraussicht des nichtbeabsichtigten Erfolges.

Die folgenden Artikel enthalten eine richtige Bestimmung über Irrtum und Unwissenheit (Art. 45); sodann eine ausführliche Regelung der Fahrlässigkeit (Art. 46 ff.). Dabei wird die Feuerbachsche obligatio ad diligentiam ausdrücklich statuiert; die *bewufste* Fahrlässigkeit und die während eines versari in re illicita verschuldete Fahrlässigkeit erscheinen als strenger strafbar:

Art. 48. Als *grobe* Fahrlässigkeit wird in der Regel zu betrachten sein:

1. Wenn der Beschädiger die Gefährlichkeit seiner Handlung selbst eingesehen, gleichwohl aus Leichtsinn oder Gleichgültigkeit[21] dieselbe nicht unterlassen hat; . . . .

3. Wenn die fahrlässige Handlung zugleich in anderer Rücksicht *schon an sich* unerlaubt und rechtswidrig war; . . .

## III. Das Strafgesetzbuch für die preufsischen Staaten vom 14. April 1851.

Das allgemeine Landrecht für die preufsischen Staaten behandelt die Schuldformen in einer Art, welche lebhaft an die Theresiana erinnert. Die einschlägigen Bestimmungen des II. Th. 20 Tit. lauten:

§ 26. Rubrik: Vorsatz. Wer absichtlich etwas thut oder unterläfst, wodurch jemand gegen die Vorschrift eines Strafgesetzes beleidigt wird, der begeht ein vorsätzliches Verbrechen.

§ 27. Ist die Handlung so beschaffen, dafs der gesetzwidrige Erfolg nach der allgemeinen oder dem Handelnden besonders bekannten natürlichen Ordnung der Dinge notwendig daraus entstehen mufste; so wird *vermutet*, dafs das Verbrechen vorsätzlich sei unternommen worden.

19) Vgl. o. § 10 Anm. 47.

20) Anmerkungen, I, 443.

21) Gleichgiltigkeit gegen die schädliche Folge erscheint also hier noch als culpa.

Hier scheint es sich also ausschliefslich um eine praesumtio doli zu handeln; aber diese Vermutung ist, gemäfs dem damaligen Stande der Ansichten, nur das Gewand der im dolus indirectus teilweise anerkannten materiellrechtlichen Schuldform der Wissentlichkeit. Das zeigt sofort der folgende

§ 28. Wer bei Übertretung des Gesetzes zwar die gesetzwidrige Folge seiner Handlung *nicht wirklich vorausgesehen hat;* doch aber bei gehöriger Aufmerksamkeit und Überlegung hätte voraussehen können, der hat sich eines Verbrechens aus Fahrlässigkeit schuldig gemacht (Teil I, Tit. 3, § 25).

Es folgt a contrario: wer die gesetzwidrige Handlung wirklich vorausgesehen hat, dem ist Vorsatz zuzurechnen.

Um die Verwirrung voll zu machen, heifst es dann im § 32, dafs nicht die poena ordinaria, sondern die nächste Strafe nach der ordentlichen dem zuerkannt wird, „welcher zwar des bösen Vorsatzes *nicht überführt* ist, dem aber, vor oder bei der That, die gesetzwidrige Wirkung als eine unmittelbare Folge seiner Handlung nicht unbekannt sein konnte“; und die „Criminalordnung“ von 1805 enthielt im zweiten Titel, Abschn. VI, besondere Bestimmungen über Indizienbeweis im allgemeinen und Beweis des bösen Vorsatzes im besonderen, deren Verhältnis zu dem dolus indirectus nicht klar ist.

Die Lehre vom versari in re illicita wirkt sehr deutlich nach. Reiner casus wird, wie in der Carolina, nur anerkannt, wenn der „schädliche Erfolg aus einer an sich *erlaubten* Handlung durch blofsen Zufall entstanden ist“ (§ 36); sonst erscheint der zufällige Erfolg als Schärfungsgrund der auf die an sich unerlaubte Handlung gesetzten Strafe (§§ 37, 38), oder aber umgekehrt die Unerlaubtheit der verursachenden Handlung als Erschwerungsgrund der durch dieselbe begangenen Fahrlässigkeit (§ 29).

Gelegentlich der Tötungsdelikte kommt das Gesetz auf diese Unterscheidungen zurück.

§ 806. Rubrik: Todtschlag. Wer in der feindseligen Absicht, einen anderen zu beschädigen, solche Handlungen unternimmt, woraus, nach dem gewöhnlichen allgemeinen, oder ihm besonders bekannten Laufe der Dinge, der Tod desselben erfolgen mufste, und ihn dadurch wirklich tödtet; der hat als ein Todtschläger die Strafe des Schwertes verwirkt.

§ 811. Hat der Thäter die aus seiner Handlung entstehende Lebensgefahr auch nur wahrscheinlich[22]) vorausgesehen, so hat er dennoch die § 806 bestimmte Todesstrafe verwirkt.

22) Ich verstehe mit Temme, Tötung 90, so: Hat der Thäter die Lebensgefahr auch nur *als* wahrscheinlich vorausgesehen; also anknüpfend an § 806, wo er den

§ 812. Es wird vermuthet, dafs der Thäter diejenige Gefahr wirklich vorausgesehen habe, die ihm unter den vorhandenen Umständen nicht verborgen sein konnte.

§ 813. Wer sich eines zum Tödten bestimmten Instrumentes auf eine tödtliche Weise bedient, hat die rechtliche Vermuthung, dafs er die Lebensgefahr vorausgesehen habe, wider sich.

§ 814. Eben dieses findet statt, wenn er sich eines anderen Instrumentes auf eine Art bedient, wie es nur in der Absicht zu tödten gebraucht zu werden pflegt.

§ 815. Ist es jedoch in den Fällen des § 811 bis 814 nach den vorwaltenden besonderen Umständen wahrscheinlich, dafs der Thäter dennoch die Absicht zu tödten nicht gehabt habe: so soll zehnjährige bis lebenswierige Zuchthaus- oder Festungsstrafe an die Stelle der Todtesstrafe treten.

Der Gegenbeweis ist also zulässig nicht blofs gegen die §§ 812—814, sondern auch gegen § 811, der daher technisch auch nur als praesumtio doli erscheint, trotzdem er einen materiellrechtlichen Gedanken zur Herrschaft bringt.[23]) Kein Gegenbeweis ist aber zulässig bei § 806, wenn der Thäter den Erfolg als notwendigen voraussah.

Zu erwähnen ist noch die Bestimmung über den Mord:

§ 826. Derjenige, welcher *mit überlegtem Vorsatze zu tödten* einen Todtschlag wirklich verübt, soll als ein Mörder mit der Strafe des Rades von oben herab belegt werden.

Hierin erblicke ich die beiden Erfordernisse des dolus praemeditatus und des animus directus occidendi; auch diese Verquickung entspricht dem Stande der Wissenschaft in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts.

Die Auslegung der landrechtlichen Vorschriften war, wie es sich bei der Unklarheit derselben fast von selbst versteht, in Theorie und Praxis sehr bestritten.[24])

Im Jahre 1826 begannen die Vorarbeiten für ein neues Strafgesetzbuch, das nach einem Vierteljahrhundert wirklich zu stande kommen sollte.

Bei Abfassung der ersten Entwürfe hielt man sich zunächst an das Beispiel Bayerns und der durch dessen Gesetzgebung beeinflufsten Entwürfe und Gesetze, insbesondere an die Arbeiten Bauers (Hannover).

---

Tod als notwendig vorausgesehen hat. Diese Ausdrucksweise und die daran geknüpfte Abstufung entspricht völlig dem damaligen Stande der Doktrin; a. A. Wachenfeld, Mord u. Totschlag, 144 ff.

23) Einen Beleg dafür bietet § 813, der als thema probandum aufstellt: *dafs er die Lebensgefahr vorausgesehen habe.* Bei Abfassung dieses Paragraphen schwebte also der materiellrechtliche Gedanke vor.

24) Vgl. die ausführliche, aber verworrene Darstellung bei Temme, Tötung, 59 ff.; und Wachenfeld, Mord und Totschlag, 140 ff.

Der bereits revidierte Entwurf v. 1828[25]) bestimmt über unsere Frage im 1. Teile, 2. Abschnitt: Von dem Vorsatze und von der Fahrlässigkeit.

§ 42. Ob ein Verbrechen vorsätzlich oder aus Fahrlässigkeit verübt worden, mufs aus den Umständen beurtheilt werden.

§ 43. Die aus einer verbrecherischen Handlung entstandene Rechtsverletzung wird dem Thäter als eine vorsätzliche zugerechnet, wenn er sie auch nicht ausschliefslich beabsichtigte, sondern diese oder eine andere Rechtsverletzung bewirken wollte.

§ 44. Ist aus einer Handlung eine gröfsere Rechtsverletzung entstanden, als der Verbrecher bewirken wollte, so ist ihm, falls nicht bei einzelnen Verbrechen das Gegentheil bestimmt ist, nur die beabsichtigte Verletzung als eine vorsätzliche, die ohne seinen Willen entstandene gröfsere aber, wenn die Umstände hierzu angethan sind, zugleich als eine fahrlässige zuzurechnen, und die Strafe nach den Bestimmungen vom Zusammentreffen der Verbrechen (§ 95) zuzumessen.

§ 45. Eine Handlung, welche, vorsätzlich verübt, Strafe nach sich zieht, wird, wenn ihr Fahrlässigkeit zu Grunde liegt, nur in den Fällen gestraft, wo das Gesetz dies ausdrücklich vorschreibt. (Die nächsten Entwürfe [1830, 1833] sind wörtlich gleichlautend.)

Der § 42 beschäftigt sich mit der damals vielbesprochenen Frage nach dem Beweise des Dolus; im Anschlusse an den Hannöverischen Entwurf von 1825 wird die allgemeine Doluspräsumtion verworfen, und für den Beweis des Vorsatzes das auf Indizien gestützte freie Ermessen des Richters angerufen; später fand man, dafs dieser Artikel eigentlich in die Prozefsordnung gehöre, schliefslich entfiel er mit den übrigen allgemeinen Bestimmungen über den Vorsatz.[26])

Der § 43 soll den dolus indeterminatus s. eventualis, und zwar im nächsten Anschlufs an den sächsischen Entwurf von 1824, regeln.[27]) Im einzelnen wurde an den Bestimmungen über diese Schuldform manches herumgebessert; hervorzuheben wäre etwa der Entwurf von 1843, der im § 52 formuliert: „Auch dann ist das Verbrechen dem Thäter als vorsätzlich zuzurechnen, wenn der eingetretene Erfolg zwar nicht zunächst und ausschliefslich bezweckt war, aus den Umständen aber hervorgeht, dafs solcher, für den als möglich vorauszusehenden Fall seines Eintrittes, nicht aufser der Absicht des Thäters gelegen

---

25) Der allgemeine Teil des ersten Entw. (1827) war mir nicht erreichbar; nach der Darstellung bei Goltdammer, Materialien I, 226 f., weicht er nicht wesentlich ab.

26) Vgl. Motive, I, 1827, p. 89 f.; Revision, I, 1845, p. 126 f.; Verhandlungen der Kommission des Staatsrates, 1846, p. 30 f., 205.

27) Motive, I, 1827, p. 92.

hat.“ Die Revision von 1845[28]) bemüht sich, den inzwischen ausgeklügelten Unterarten des dolus indeterminatus ganz genau gerecht zu werden:

„§ 41. Ein Verbrechen ist als ein vorsätzliches anzusehen, nicht nur in dem Falle, wenn der Wille des Handelnden auf den eingetretenen Erfolg gerichtet war, sondern auch dann, wenn der Handelnde diesen Erfolg als einen von mehreren möglichen Erfolgen bezweckte, selbst wenn er den einen oder anderen derselben vorzugsweise bewirken wollte.

Nicht minder ist das Verbrechen als ein vorsätzliches anzusehen, wenn der Wille des Handelnden auf eine unbestimmte Rechtsverletzung gerichtet war, insofern dieselbe nach dem allgemein oder dem Thäter besonders bekannten Laufe der Dinge von der Gefahr des wirklich eingetretenen Erfolges begleitet wurde.“

Das war nun wieder der Kommission des Staatsrates zu doktrinell; sie strich den ganzen Paragraphen und überliefs die Regelung dieser Fragen der Wissenschaft[29]); ein mehr als bequemes Auskunftsmittel, von dem die deutsche Gesetzgebung später, unter völliger Verkennung der Aufgaben der Strafrechtswissenschaft, allzuoft Gebrauch gemacht hat.

Der citierte § 44 schliefslich befafst sich mit der culpa dolo determinata, die nach dem Vorbilde der Entwürfe für Sachsen (§ 166) und Hannover (§ 54) gemäfs den Regeln von der Idealkonkurrenz behandelt werden soll[30]); warum bei einzelnen Verbrechen das Gegenteil bestimmt sein soll, ist nicht angegeben; der Paragraph gieng ziemlich unverändert durch die Entwürfe, bis er im Jahre 1845 als selbstverständlich und nur zu Irrungen Anlafs gebend gestrichen wurde.[31])

Der letzte Entwurf und das Gesetz von 1851 enthalten überhaupt keine allgemeinen Bestimmungen über die Schuld und ihre Formen. Die „Wissenschaft“ und die Praxis waren berufen, die Lücke auszufüllen. Das ist, wie bereits bemerkt, eine Aufgabe, welcher die Wissenschaft nicht gewachsen ist. Diese kann sich nur zum Ziele setzen, das positive Recht zu erkennen: wie aber soll sie das, wenn die Rechtsquelle absichtlich die Auskunft verweigert? Wem nicht neben oder

---

28) Vgl. Revision, I, 1845, p. 127 f.

29) Gegen das Votum des Justizministers v. Savigny, der bemerkte: „Die Vorschrift des § 41 sei nicht lediglich eine Frage der Doktrin; vielmehr habe sie den Zweck, die in der Wissenschaft und Praxis *streitigen Fragen* über den dolus alternativus, eventualis und indeterminatus zu entscheiden. Insoweit müsse man demnach anerkennen, dafs die Bedeutung des § 41 eine wahrhaft praktische sei.“ Verhandlungen der Kommission des Staatsrates, 1846, p. 31 f.

30) Motive, I, 1827, p. 94, wider die oben S. 218 citierte Bemerkung Feuerbachs.

31) Revision 1845, I, p. 131. — Man vergleiche zu dem bisher Ausgeführten Goltdammer, Materialien, I, 225 ff.

über dem Strafgesetze eine zweite. Rechtsquelle fliefst, mag er sie nun „Philosophie", „Naturrecht", „Natur der Sache" oder sonstwie nennen, der kann zu einem wissenschaftlich brauchbaren Resultate nicht gelangen. Denn alles das, was der wissenschaftliche Arbeiter selbst für verständig, zweckmäfsig, richtig, recht, gerecht halten würde, ist nur Erwägung de lege ferenda, Kriminalpolitik, aber nicht Rechtsfindung, Rechtswissenschaft im engeren Sinne. Dafs unsere heutige Jurisprudenz beide Dinge so oft zusammenwirft, daran ist zum grofsen Teile die beklagenswerte Unvollständigkeit der Gesetze schuld, die ein schädlicher Rest naturrechtlicher Anschauungen ist.[32])

Die älteren preufsischen Entwürfe hatten also in ihrem allgemeinen Teile Grundsätze über die strafrechtliche Verschuldung aufgestellt, wie sie dem jeweiligen Stande der Wissenschaft entsprachen. Aber es ist bekanntlich ungleich leichter, Prinzipien aufzustellen, als sie zu befolgen; das letztere gelang auch den jeweiligen Verfassern des besonderen Teiles nicht immer; aber zur Ehre dieser Arbeiter mufs bemerkt werden, dafs sie nur aus besonderen Gründen von den vorgezeichneten Bahnen abwichen, und nie in die thörichte Ansicht der bayrischen „Anmerkungen" verfielen, dafs man durch technische Kniffe sich den allgemeinen Imputationsregeln entziehen könne. Die Einzelheiten der Entwicklung aber müssen hier aus dem Grunde näher betrachtet werden, weil sie auf die durch den Erfolg qualifizierten Delikte des Reichsstrafgesetzbuches ein helles Licht werfen.

Eine besondere Regelung erfuhr, im Anschlusse an das Vorbild Bayerns[33]), die Tötung durch Gift. Der erste Entwurf enthält darüber folgende Bestimmung (II. Tit., VIII. Abschn., § 7): „Wer einen anderen durch Gift getödtet hat, soll nicht nur dann, wenn er dabei den Vorsatz zu tödten, sondern auch schon dann, wenn er nur den Vorsatz zu beschädigen gehabt hat, mit dem Tode gestraft werden." Das wird damit begründet, dafs bei der Verabreichung von Gift der Erfolg niemals so genau zu berechnen sei; es werde daher in Bezug auf den Tod dolus indeterminatus s. eventualis vorliegen: eine grofse Gedanken-

32) Ich möchte hierzu noch auf die Motive des Entw. f. d. nordd. Bund, 1869, p. 87, verweisen, wo die Regelung der Streitfrage, ob oder inwieweit der Versuch mit untauglichen Mitteln oder an untauglichen Objekten strafbar sei, abgelehnt wird, weil man über diese Frage weder in der Gesetzgebung noch in der Wissenschaft zu einem Abschlufs gelangt sei; und das soll sich mit dem Satze „nulla poena sine lege" (R.-St.-G. § 2, Abs. 1) vertragen!!

33) Ges. v. 1813, Art. 149, Anmerkungen, II, 23; Entw. v. 1822, Art. 237; Entw. v. 1827, Art. 206, dazu die Motive; letztere Citate nach der preufsischen „Zusammenstellung der Strafgesetze auswärtiger Staaten", III (1839), p. 23 ff. Daselbst sind auch einige andere Gesetze und Entwürfe verzeichnet, welche ähnliche Bestimmungen enthalten. Vgl. die Württembergischen Vorarbeiten bei Hufnagel, Kommentar zu § 240.

losigkeit, da der Paragraph ja ausdrücklich von dem Falle spricht, wo der Tötungsvorsatz fehlt; ferner der alte, bei Praktikern stets verfangende Gedanke: wie solle man sonst die Tötungsabsicht beweisen können?[34]) Später wurde diese Anomalie aufgegeben; man sah ein, dafs für den Fall, wo wirklich eine der Dolusarten vorliegt, die allgemeine Vorschrift ausreicht, während in den übrigen Fällen die Todesstrafe nicht gerechtfertigt ist.[35])

Anders verlief die Geschichte jenes Deliktes, das heute als „Körperverletzung mit tötlichem Ausgange" bekannt ist.

Der erste Entwurf unterscheidet (II. Tit., VIII. Abschn., §§ 3, 14) Tötung mit überlegtem Vorsatze zu töten: Mord mit Strafe des Todes; und absichtliche Tötung ohne vorherige Überlegung, in plötzlicher leidenschaftlicher Aufwallung: Totschlag mit 15jähriger bis lebenswieriger Zwangsarbeit bestraft.

Im folgenden heifst es sodann:

§ 17. Rubrik: Unbeabsichtigte Tödtung durch Mifshandlung. Wer einen anderen, dessen Tod er nicht bewirken wollte, absichtlich auf eine lebensgefährliche Weise mifshandelt, und dadurch getödtet hat, soll mit 6—20jähriger Zwangsarbeit bestraft werden . . . . Je mehr der Thäter die Mifshandlung mit Überlegung verübt, und je deutlicher er die daraus entstehende Lebensgefahr einzusehen vermochte, um so höher ist das Maafs der Strafe zu bestimmen.

§ 57. Fahrlässige Tödtung; Strafe: 3 Monate bis 2 Jahre Gefängnifs oder Arbeitshaus.

§ 58. Das Maafs dieser Strafe ist nach dem Grade der Fahrlässigkeit und hauptsächlich dann zu steigern;

1. wenn die Handlung oder Unterlassung, welche den Tod des anderen zur Folge hatte, schon an sich rechtswidrig oder verboten war . . . .

Der § 17 soll nach den Motiven die Tötung mit culpa dolo determinata regeln; die culpa, an welche das Gesetz denkt, ist der schwerste Fall unbewufster Fahrlässigkeit; bei geringerer Fahrlässigkeit soll die Regel des § 44 des allgemeinen Teiles Platz greifen.[36]) Warum diese nicht überhaupt angewendet wird, ist nicht klar; doch scheint die von den rheinländischen Juristen damals sehr bevorzugte französische Jurisprudenz[37]) im Vereine mit der lange nicht überwundenen Tradition im

---

34) Motive, III, 2 (1829), p. 114f.; Denkschrift 1843, 23f.; auch diese Begründung nach bayrischem Muster.

35) Revision v. 1845, II, p. 123ff.

36) Motive, III, 2. Abt., 1829, p. 153ff.

37) Die Motive citieren die Cass.-Entsch. v. 14. Februar, 4. Juni, 22. Oktober 1812: „Il n'est pas nécessaire, qu'il (le meurtre) ait été commis *avec volonté de tuer*; il suffit que les coups qui l'ont occasionné aient été donnés volontairement, sauf dans

Sinne der Erfolghaftung gewirkt zu haben; ebenso entspricht es alten Überlieferungen, dafs die während eines versari in re illicita begangene Fahrlässigkeit strenger bestraft wird.[38])

Ganz anders ist die äufsere Gruppierung in dem Entwurfe von 1833; diesem ist Mord die vorsätzliche Tötung, Totschlag die Tötung mit culpa dolo determinata:

§ 265. Rubrik: I. Begriff des Mordes. Wer mit der Absicht zu tödten durch eine rechtswidrige Handlung oder Unterlassung den Tod eines Menschen bewirkt, ist des Mordes schuldig.

§ 266. Auch wenn der Thäter nicht ausschliefslich die Tödtung bezweckte, sondern es darauf ankommen liefs, ob seine Handlung oder Unterlassung den Tod oder nur eine Beschädigung hervorbringen werde, ist das Verbrechen als Mord anzusehen.[39])

§ 269 f. Strafe: Tod, eventuell mit Schärfungen.

§ 281. Rubrik: Böslicher Totschlag. 1. Begriff. Wer nicht mit der Absicht zu töten, wohl aber mit der Absicht zu beschädigen, durch eine rechtswidrige Handlung oder Unterlassung den Tod eines Menschen bewirkt hat, ist des Totschlages schuldig.

§ 283. Der Totschlag ist mit sechsjähriger bis lebenswieriger Zwangsarbeit zu bestrafen, und das Maafs dieser Strafe desto höher zu bestimmen, je mehr der Thäter das Verbrechen mit Überlegung verübte, je mehr er die aus seiner Handlung für den anderen entstehende Lebensgefahr voraussehen konnte, . . . .

Der Entwurf von 1843, §§ 298 ff., stellt den Unterschied von Mord und Totschlag wieder auf den Gegensatz von überlegtem Vorsatz und Affekt ab und behandelt die Tötung mit culpa dolo determinata speciell als durch Mifshandlung bewirkte Tötung.[40]) Im Entwurfe von 1847 hatten diese Bestimmungen folgende Gestalt:

§ 227. Wer den Tod eines Menschen durch vorsätzliche Körperverletzung oder Mifshandlung, jedoch ohne die Absicht zu töten, ver-

---

les cas de l'art. 319". Diese Praxis wurde i. J. 1832 durch den Zusatz eines zweiten Alinea zu Art. 309 beseitigt; vgl. Chauveau-Hélie, Théorie, III (6. Aufl. 1887) No. 1192. Auch bei der Körperverletzung traten die rheinischen Juristen für die strenge Abgrenzung nach dem Erfolge ein, wie sie der code pénal bietet, wesentlich aus Sorge um die Geschworenengerichte, deren Kompetenz eine gesicherte Abgrenzung erfahren sollte. Dagegen die Revision von 1845, II, p. 133 f.: „Dieser rein äufserliche und völlig zufällige Unterschied in den Folgen ist aber in keiner Weise zu rechtfertigen, und das Princip des code pénal als unhaltbar schon von vielen Seiten anerkannt."

38) S. allg. Landr. v. 1794, II, 20, §§ 28, 38. o. S. 249.

39) Man hielt es für nötig, „die in § 42 enthaltenen Vorschriften über den dolus alternativus od. eventualis in spezieller Anwendung auf den Mord in Erinnerung zu bringen. Motive 1833, p. 209.

40) §§ 303 ff.; Entwurf v. 1845, §§ 216 ff.; Entw. v. 1846, §§ 223 ff.

ursacht, soll mit 5 bis zu 20 Jahren Strafarbeit oder Zuchthaus bestraft werden.

§ 228. Wenn in dem Falle des § 227 die Körperverletzung oder Mifshandlung nur durch besondere, nicht leicht erkennbare Umstände tödtlich geworden ist, so soll die Strafe auf Gefängniss nicht unter 1 Jahr oder Strafarbeit von 1 bis 5 Jahren ermäfsigt werden.

In den Verhandlungen des vereinigten ständischen Ausschusses[41]) wurden über diese Paragraphen interessante Debatten geführt. Das Kommissionsgutachten fafst sie irrig als Fälle des dolus indeterminatus[42]) auf, und beantragt daher Streichung wegen Überflüssigkeit. Graf Renard und der Korreferent Naumann traten gegen die übertriebene Bewertung des zufälligen Erfolges auf; der letztere fügte noch hinzu, dafs auch die Rücksicht auf die Beweisschwierigkeit diese schweren Bestimmungen nicht rechtfertige. Der Regierungskommissär Bischoff erwiderte: Die angefochtenen Bestimmungen seien ein Äquivalent für das Verbrechen des Totschlages (nach allg. Landrecht, § 806, Tötung mit dolus indirectus!); das rheinische Strafrecht sei noch strenger; schliefslich: „*Die Milderungen, welche zu statten kommen, wenn der Tod nur zufällig veranlafst ist, sind genügend berücksichtigt im § 228.*" Die Paragraphen wurden mit Majorität beibehalten.

Und nun ist zu wissen: Im Entwurf von 1851 und im Gesetze ist eben dieser § 228 verschwunden; dafür wurde das Minimum der Strafe für den Fall, der jetzt die beiden Paragraphen 227 und 228 umfafst, mafslos erhöht:

Gesetz von 1851, Titel von der Körperverletzung, § 194. Hat die vorsätzliche Mifshandlung oder Körperverletzung den Tod des Verletzten zur Folge gehabt, so ist die Strafe Zuchthaus von zehn bis zwanzig Jahren.

Zu dieser tief einschneidenden Änderung bemerken die Motive zu § 177 des Entwurfes: „Das Strafmafs ist im Minimum von fünf[44]) auf zehn Jahre erhöht worden, da sich nicht verkennen läfst, dafs ein vorsätzliches Verbrechen, welches den Tod eines Menschen herbeiführt, eine schwere Ahndung erfordert, namentlich wenn man erwägt, dafs im Falle der Provokation die mildere Strafe des § 179 eintritt."

---

41) Zusammengestellt von E. Bleich, 1848; Bd. IV, p. 24ff.

42) Bei Annahme von dolus indeterminatus konnte es doch nicht heifsen: „ohne Absicht zu töten". Übrigens war im Entwurfe von 1843, § 299 der den dolus indeterminatus regelnde § 52 noch ausdrücklich bei Gelegenheit der *vorsätzlichen* Tötung, nicht bei § 303, citiert. Die Verwechslung der culpa dolo determinata mit dem dolus indeterminatus ist allerdings sehr naheliegend; ähnlich auch die folgenden Ausführungen des Regierungskommissärs; s. o. im Text.

43) Vgl. o. Anm. 37.

44) Des verschwundenen § 228 mit seinem Minimum von *einem* Jahre wird nicht mehr gedacht.

Nach all' der redlichen Arbeit ein plötzlicher, geradezu brutaler Rückschlag!

Immerhin mufs man der späteren Auslegung gegenüber so viel festhalten, dafs nach dem Gange der Entwicklung hier ein Fall von culpa dolo determinata, also Fahrlässigkeit in Bezug auf den tödlichen Erfolg, Voraussetzung ist.[45])

Die Hauptmasse der durch den Erfolg qualifizierten Delikte bilden von den ersten Entwürfen an die *gemeingefährlichen* Verbrechen und Vergehen; hier ist von dem Erfolge meist in objektiv gehaltenen Wendungen die Rede: „wenn durch den Brand ein Mensch das Leben verloren hat" u. dergl. Aus den Motiven aber ergibt sich, dafs diese Bestimmungen durchaus nicht einen Bruch mit dem Schuldprinzipe, sondern vielmehr *eine Anwendung der Regeln über den dolus indeterminatus bedeuten sollten,* eine Ansicht, die mit steigender Entschiedenheit vertreten wird.[46])

Revision von 1845: „Die Todesstrafe soll nur dann eintreten, wenn nicht nur gemeine Gefahr für das Leben anderer vorhanden war, *sondern auch der Thäter diese Gefahr kannte. Das Bewufstsein dieser Gefahr soll nicht, wie die westfälischen Stände meinen, vermutet werden, sondern es ist zu erweisen.* Ob es im einzelnen Falle anzunehmen sei, hat der Richter zu beurteilen. Hat aber der Verbrecher solchergestalt die Gefahr gekannt und dennoch die That begangen, so wird ihm die wirklich erfolgte Tötung mit vollem Rechte zugerechnet, wenn auch die Tötung nicht der eigentliche Zweck der That war. *Es liegt ein unbestimmter Dolus vor,* welcher hier, bei diesem an sich so schweren Verbrechen, die Anwendung der Todesstrafe vollkommen rechtfertigt."

Motive 1851: „In Übereinstimmung mit dem früheren Entwurfe (§ 358) ist bei der Brandstiftung, sowie bei der verursachten Strandung, der Überschwemmung und der Vergiftung von Brunnen, Waren u. s. w., die Todesstrafe für den Fall angedroht, dafs das Verbrechen vorsätzlich verübt wurde, und den Tod eines Menschen zur Folge hatte. Dies beruht auf der Erwägung, dafs bei derartigen Verbrechen die Gefahr für Menschenleben offenkundig vorliegt, dafs der Tod von Menschen als wahrscheinlich vorausgesehen werden konnte[47]), *und dafs der Thäter es auf diesen Erfolg ankommen läfst,* wenn auch die Tötung nicht der eigentliche Zweck der That ist. Es liegt ein *unbestimmter dolus* vor u. s. w."

---

45) Vgl. Goltdammer, II, p. 417 ff.

46) Motive I, 1827, p. 94; Motive IV, 1828, p. 434 f.; Motive 1833, p. 382; Denkschrift 1843, p. 51 f.; Revision 1845 III, p. 76 ff.; Verhandlungen des vereinigten ständischen Ausschusses, ed. Bleich, I, 143, IV, 428 f.; Motive 1851, zu § 259—263; Bericht der Kommission der II. Kammer, p. 143 ff.

47) Die übliche Verwechslung des scivisse mit dem scire potuisse.

Nach dem Berichte der Kommission der zweiten Kammer würde auch die culpa dolo determinata hierher zu zählen sein, was eine Minderheit der Kommission tadelte.

Gemäfs der in den Motiven überwiegenden Ansicht wäre demnach für die Interpretation des Gesetzes von 1851 anzunehmen, dafs bei den fraglichen Qualifikationen der gemeingefährlichen Delikte an dolus indeterminatus zu denken ist.[48])

Im Vorstehenden ist die Geschichte der wichtigsten Fälle dargestellt worden, die als Paradigmen für andere dienten, deren das preufsische Strafgesetz von 1851 eine grofse Reihe enthält[49]); sie haben das Gemeinsame, dafs ein bestimmter, durch ein Delikt hervorgerufener schwerer Erfolg, in der Regel Tod eines Menschen, eine Erhöhung der Strafe mit sich bringen soll.[50]) Von der Schuldbeziehung des Subjektes zu diesem qualifizierenden Erfolge ist nirgends die Rede.

Trotz der Analogie der Fassung wurden diese Paragraphen verschieden interpretiert.

Bei den gemeingefährlichen Delikten vertrat die Litteratur[51]) den der Entstehungsgeschichte entsprechenden Standpunkt, dafs in Bezug auf den qualifizierenden Erfolg dolus indeterminatus, „Bewufstsein der Gefährdung", vorliegen müsse. Die Praxis entschied sich für die ungleich bequemere Auffassung, dafs alles auf die objektive Folge der That ankomme.[52])

Bei der Körperverletzung mit tödlichem Ausgange (§ 194) war die überwiegende Ansicht, dafs es sich um einen Fall der culpa dolo determinata handle[53]); ausnahmsweise wurde die Ansicht vertreten, dafs es blofs auf den Erfolg ankomme.[54]) Aber thatsächlich wurde

48) Ich befinde mich in völliger Übereinstimmung mit Goltdammer, Materialien, II, 632 ff., dessen Darstellung zum Vergleiche heranzuziehen ist; ebenso Beseler, 527, Dalcke in Goltdammers Archiv XVI, 13 ff.; in der Sache auch Oppenhoff zu § 285. Vgl. Köstlin, im Arch. d. Criminalr. N. F. 1856, 280 ff.

49) Vgl. §§ 67, 144, 168, 171, 182, 183, 192a, 193, 194, 197, 233, 285, 288, 289, 290, 293, 294, 295, 297, 301, 302, 303, 304.

50) Die Erhöhung der Strafe richtet sich „meist je nach der Schwere des Deliktes, durch welches die Tötung geschehen ist, oft auch ohne dafs dabei nur ein bestimmtes Prinzip erkannt werden kann." Temme, Lehrb. d. preufs. Strafr., 817.

51) S. o. Anm. 48.

52) S. den Bericht bei Oppenhoff zu § 285 und Dalcke, Goltdammers Archiv, XVI, 14 f. — Auch Temme, Lehrb. 817, ist hier zu nennen; er nimmt im Widerspruche mit einer späteren Stelle an, dafs in Fällen, wo der Tod das qualifizierende Moment ist, die culpa oft fingiert wird.

53) Vgl. Goltdammers Archiv II, 494 (Jesse; er nennt diese Schuldform dolus indirectus); IV, 694; VIII, 307 (Mittermaier); XI, 797 ff. (v. Buri); XII, 142; XVII, 158 f. (Schaper).

54) Oppenhoff, zu § 194. Gegen diesen sehr kräftig Berner im Gerichtssaal 1867, p. 1 ff.

praktiziert, als ob die letztere Anschauung die herrschende wäre: bei der Fragestellung an die Geschworenen wurde nämlich mit grofser Vorsicht das subjektive Moment entfernt und nur gefragt, ob die Verletzung den Tod herbeigeführt habe.[55])

Bei der schweren Körperverletzung war es überwiegende Ansicht, dafs alles auf den Erfolg ankomme.[56])

Temme, Lehrbuch S. 834 f., vertritt eine abweichende Ansicht. Der Dolus müsse auf Hervorbringung einer solchen schweren Gesundheitsverletzung gerichtet sein. „Ist das nicht der Fall, war also der Dolus nur auf eine leichte Körperverletzung gerichtet, so ist nur Konkurrenz dieses letzteren (vorsätzlichen) Deliktes und fahrlässiger schwerer Körperverletzung vorhanden." Das wäre allerdings sehr vernünftig, und der Autor meint in der Note: „*Die allgemeinen Grundsätze vom Dolus* führen notwendig zu diesem Satze, der auch bei der Schwere der Strafe (Zuchthaus) als unbedenklich in der Intention des Gesetzes liegend angenommen werden mufs, obwohl die Motive sich nirgends darüber auslassen." Aber Temme hat doch die „Intention des Gesetzes" zu hoch eingeschätzt; denn die Geschichte des § 194 zeigt, dafs die Verfasser des Gesetzes gerade in dem wichtigsten Falle die Idealkonkurrenz doloser und culposer Rechtsverletzung im offenen Widerspruche zu den anfänglich aufgestellten allgemeinen Prinzipien *nicht* nach den Regeln von der Idealkonkurrenz behandelt haben.

Schliefslich wäre hier noch zu erwähnen die Ansicht, welche Bekker in seiner „Theorie", S. 531 ff., in Bezug auf *alle* durch den Erfolg qualifizierten Delikte zunächst des preufsischen, sonach auch aller übrigen deutschen Strafgesetze vertritt. Er gibt eine Übersicht über die exorbitanten Erhöhungen der Strafmafse und fährt fort: „Alle diese Strafschärfungen sind erheblich, *so erheblich*, *dafs sie nach der preufsischen Strafskala als Dolusstrafen gelten müssen*, und also nur eintreten können, wo der Thäter betreffs des hinzutretenden Erfolgs in dolo gewesen ist. Wer behauptet, dafs dieselben Strafschärfungen auch bei nicht vorgesehenem (culposem) oder gar bei nicht vorzusehendem (zufälligem) Erfolge zur Anwendung kommen sollten, zeiht den preufsischen Gesetzgeber der ärgsten Inkonsequenz. Nur dolose Erfolge also kommen hier in Betracht" und zwar *vorsätzliche* Erfolge im Sinne des Bekker'schen Vorsatzbegriffes.

Auch dieser Autor hat die Einsicht des Gesetzgebers überschätzt;

---

55) Vgl. Goltdammers Archiv I, 217; II, 668; III, 22; VII, 217; IX, 628; X, 627 f.; XII, 45 f., 141 f., 265; XIII, 273, 499 f.; XIV, 114; XV, 61, 166, 830.

56) Vgl. Goltdammers Archiv, I, 216, 691; IV, 568 ff. (Konstruktion: praesumtio doli); XV, 141 f. Schaper vertrat die Ansicht, dafs auch hier culpa dolo determinata erforderlich sei; Goltdammers A. XVII, 158 f.

seine Ausführungen sind nicht richtig als Auslegung, aber sie enthalten eine vernichtende Kritik des Gesetzes.

Und da die wenigen Verteidiger dieser Bestimmungen sich auf das so schwer kontrollierbare Rechtsbewufstsein des Volkes berufen, so sei hier noch ganz besonders eine Thatsache erwähnt, die geeignet ist, diese Berufung als ganz hinfällig erscheinen zu lassen. Wir haben bereits festgestellt, dafs die Fassung der Fragen an die Geschworenen eine rein objektive war[57]; trotzdem konstatiert Staatsanwalt Dalcke: *„Fast regelmäfsig pflegen die Geschworenen ihrem Wahrspruche eine Bemerkung hinzuzufügen, durch welche sie zu erkennen geben wollen, dafs der Thäter den Tod nicht verschuldet habe“.*[58] Und es sind sogar Beispiele erhalten, wo sie nach eingeleitetem Moniturverfahren mit einer gewissen Halsstarrigkeit lieber die zweifellos festgestellte Thatsache des als Folge eingetretenen Todes verneinten, als dafs sie eine Zurechnung dieses unvorhergesehenen Erfolges zugelassen hätten. Das Schuldprinzip safs also bei diesen Männern aus dem Volke viel tiefer, als bei den zünftigen Juristen.[59]

Die Verworrenheit der Verhältnisse ebenso wie die Barbarei der Rechtsprechung hätten für die mafsgebenden Faktoren eine Mahnung bilden sollen, bei der Abfassung des neuen Strafgesetzes das Schuldprinzip klar und zweifelsohne zur Herrschaft zu bringen.[60] Das ist aber nicht geschehen.

---

## Anhang.

Das Strafgesetzbuch für das Grofsherzogtum *Baden* v. J. 1845 zeichnet sich aus durch die redlichste Bemühung, die im allgemeinen Teile aufgestellten Prinzipien im besonderen Teile auch wirklich durchzuführen; gelungen ist dies aber nur zum Teile. Die allgemeine Bestimmung über den unbestimmten Vorsatz in § 98 entspricht ungefähr der herkömmlichen Auf-

57) Z. B. I) Hat A den Brand gelegt? II) Ist durch den Brand der X um das Leben gekommen?

58) Goltdammers Archiv, XVI, 17, Note 1.

59) Vgl. Goltdammers Archiv, II, 130, 668; V, 69 ff.; XII, 45, 139 ff.; XVII, 158 (Schaper).

60) Es fehlte nicht an beachtenswerten Stimmen, welche die Aufmerksamkeit auf diesen Punkt lenkten. Besonders ist noch zu erwähnen Berner, Goltdammers Arch. XVI (1869) p. 737 ff., der eine Einteilung der Körperverletzungen in schwere, erhebliche und leichte fordernd bemerkt: „Wir machen nur darauf aufmerksam, dafs die eben erläuterte Einteilung nach den Folgen zu einem groben Kompositionensystem führen würde, wenn man nicht mit gleicher Planmäfsigkeit der subjektiven Seite ihr Recht im Gesetze zuteilte.“ Berner verlangt neben der Berücksichtigung von Vorsatz und Fahrlässigkeit auch eine entsprechende Bewertung des Vorbedachtes. Vgl. Hälschner, preufs. Strafr. III, 153.

fassung.[a]) Die Fahrlässigkeit soll nach den Motiven auch die luxuria umfassen.[b]) Die culpa dolo determinata soll genau nach den Regeln von der Idealkonkurrenz[c]) bestraft werden: „insofern nicht ein besonderes Gesetz etwas Anderes verordnet“.

Im besonderen Teile scheint den Verfassern die Festhaltung des Unterschiedes von dolus indeterminatus und culpa dolo determinata unüberwindliche Hindernisse geboten zu haben. Es ist Todesstrafe ausgesetzt für einfache Tötung mit bestimmtem, vorbedachten Vorsatz (Mord, § 205); ferner für Tötung mit unbestimmtem Vorsatz in Konkurrenz mit folgenden absichtlich begangenen Verbrechen: Vergiftung (§ 243); Notzucht (§ 335); Überschwemmung (§ 564); Beschädigung von Eisenbahnen und Telegraphen (§§ 567, 569c); schliefslich für fahrlässige Tötung als Folge einer Brandstiftung (§ 558).[d]) Bei der Körperverletzung müssen die Folgen dem unbestimmten Vorsatze zurechenbar sein.[e]) Die culpa dolo determinata ist meist viel zu strenge bestraft; als Beispiel möge der Hauptfall dienen:

§ 211. (Tötung aus Fahrlässigkeit.) Wer den Tod eines Anderen durch Fahrlässigkeit verschuldet, wird, wenn seine Handlung von der Art war, dafs der Tod des Anderen als sehr wahrscheinliche Folge von ihm vorher gesehen werden konnte, mit Arbeitshaus [d. i. 6 Monate—6 Jahre], aufserdem mit Gefängnis oder Arbeitshaus bis zu zwei Jahren bestraft.

§ 212. (Fahrlässige, durch vorsätzliche Körperverletzung verursachte, Tötung.) Wer einen Anderen mit Vorbedacht in der Absicht, ihn zu mifshandeln, oder an seiner Gesundheit zu beschädigen, verletzt hat, wird, wenn dadurch der Tod des Verletzten verursacht wurde, folgendermafsen bestraft:

1. mit Zuchthaus nicht unter acht Jahren [d. i. bis zu 20 Jahren], wenn die Handlung des Thäters von der Art war, dafs der Tod des anderen von ihm als deren sehr wahrscheinliche Folge vorhergesehen werden konnte;

2. mit Gefängnis [d. i. 4 Wochen—1 Jahr] oder Arbeitshaus [d. i. 6 Monate — 6 Jahre], wenn die Handlung des Thäters von der Art war, dafs der Tod des anderen von ihm nur als sehr unwahrscheinliche Folge derselben betrachtet werden konnte;

3. in anderen Fällen mit Arbeitshaus nicht unter zwei Jahren, oder Zuchthaus bis zu zehn Jahren.

Der folgende Paragraph bringt Milderungen für den Fall des Affektes, u. z. für Z. 1: 4 Jahre Arbeitshaus—10 Jahre Zuchthaus; für Z. 2: Gefängnis; für Z. 3: 1 Jahr Arbeitshaus — 5 Jahre Zuchthaus.

Dafs hier für die culpa dolo determinata durchaus nicht die Regeln von der Konkurrenz der Delikte angewendet werden, ist völlig klar; die

---

[a]) Vgl. dazu Welcker im Kommissionsbericht der II. Kammer (1839) zu § 88 des Entw., p. 65f.

[b]) Welcker, l. c. zu § 90.

[c]) Welckers Bericht zu § 91 legt darauf Gewicht, dafs es ungerecht wäre, den Thäter nach den strengeren Sätzen der Realkonkurrenz zu beurteilen! Während man sich hier um solche Subtilitäten sorgte, war man im speziellen Teile bei den wichtigsten Anwendungsfällen der Regel sehr wenig skrupulös, wie wir sogleich sehen werden.

[d]) Gegen letztere Inkonsequenz vgl. die gute Bemerkung von Puchelt, S. 100.

[e]) So § 225; doch geht der folgende § 234 offenbar davon aus, dafs auch culpa dolo determinata genüge; vgl. Puchelt, S. 321.

Strafe der genannten dolosen Delikte wäre oft nur nach Wochen zu bemessen; die schwerste fahrlässige Tötung aber kommt im Maximum ihrer Strafe nicht einmal nahe an das Minimum der in § 212 Z. 1 festgesetzten Strafe. In dem bereits erwähnten Falle der Brandstiftung ist das Mifsverhältnis noch ärger.

Trotz aller Mängel steht dieses Gesetz hoch über dem preufsischen und dem Reichsstrafgesetzbuch.

---

## § 12.

## Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich.

**Litteratur.**

Birkmeyer, Ueber Ursachenbegriff und Causalzusammenhang im Strafrecht. Gerichtssaal, XXXVII, 357 ff. Heinemann (Hugo), Die Lehre von der Idealkonkurrenz, 1893. Meyer, Die Gerechtigkeit im Strafrecht. Gerichtssaal XXXIII (1881) 101 ff., 161 ff. Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich. 4. Aufl. 1892. Rupp, Modernes Recht und Verschuldung. Tübinger Diss. 1880. Schoberlechner, Der Zufall im Strafrechte. Allg. österr. Gerichts-Zeitung, 1887, No. 35ff. — Pro justitia. eod. 1891, No. 33ff. Seuffert, Über einige Grundfragen des Strafrechts. Rektoratsrede 1886. Thomsen, Über den Versuch der durch eine Folge qualifizierten Delikte. 1895.

Das Reichsstrafgesetzbuch [1]) folgt dem Beispiele des preufsischen Gesetzes und gibt der wissenschaftlichen Erörterung des Schuldbegriffes freie Bahn.

Diese Freiheit ist allerdings nicht unbeschränkt.

So wäre es z. B. unmöglich, irgend eine Theorie, welche drei Schuldformen, oder etwa Schuldstufen mit kontinuierlichen Übergängen annimmt, den Bestimmungen des Reichsstrafgesetzes unterzulegen. Denn dieses teilt die Schuld zweifellos in die zwei Hauptgruppen von Vor-

---

1) Hier sollen wieder nur die Hauptzüge der Rechtsentwicklung dargestellt werden; ich hatte besonders in diesem Kapitel mit der Schwierigkeit der Abteilung desjenigen, was in den zweiten Band der Arbeit gehört, zu kämpfen, und bitte den Leser für die vermutlichen Mängel um Nachsicht. Litteratur habe ich so wenig als möglich citiert, da sie aus den umfangreicheren Systemen und Kommentaren jedermann mühelos zusammenstellen kann; für solche Zwecke sind die Lehrbücher von Meyer und v. Liszt, sowie der Kommentar von Olshausen in erster Reihe heranzuziehen, da sie stets auch die neueste Litteratur berücksichtigen. Die durch den Erfolg qualifizierten Delikte, welche den Hauptgegenstand der folgenden Untersuchung bilden, hat vor kurzem Thomsen eingehend untersucht und dabei die verschiedenen Ansichten mit grofsem Fleifse zusammengetragen. Auch auf dieses Werk ist hiermit ein für allemal verwiesen.

satz und Fahrlässigkeit. Daher mufs jeder Ausleger des Gesetzes irgendwo im Gebiete der Wissentlichkeit einen Strich machen und den oberen Teil zum Vorsatz, den unteren zur Fahrlässigkeit rechnen.

Ferner gebraucht das Gesetz für die höhere Schuldform *drei* Ausdrücke: *absichtlich*, *vorsätzlich*, *wissentlich*, und die davon abgeleiteten Wendungen.[2])

Es wäre sehr hübsch, wenn der Gesetzgeber bei Gebrauch dieser Ausdrücke ein klar erkennbares System befolgt hätte; man könnte dann aus der Terminologie ziemlich verläfsliche Schlüsse ziehen.

Das ist aber nicht geschehen; um eine systematische Terminologie zu schaffen, mufs man sich vorerst über die Sache selbst klar werden; das Gesetz will aber diese letzere Aufgabe der Wissenschaft und der Praxis überlassen.

Welches der Unterschied von Absicht und Vorsatz sein soll, läfst sich schwer angeben. In der weitaus überwiegenden Mehrzahl der Fälle dürfte *Absicht* die direkte Richtung des Willens auf den Erfolg bezeichnen. So m. E. zweifellos bei der schweren Körperverletzung:

§ 225. War eine der vorbezeichneten Folgen *beabsichtigt* und eingetreten, so ist auf Zuchthaus von zwei bis zu zehn Jahren zu erkennen.

Ob dies durchweg der Fall sei, ist bestritten; insbesondere wird bei § 266 vielfach angenommen, dafs dort „absichtlich“ nichts anderes sagen wolle, als „vorsätzlich“.[3]) Im allgemeinen herrscht in der heutigen deutschen Litteratur über die Begriffe Absicht, Zweck, Endzweck, Motiv die gröfste Unklarheit.[4]) Die Ursache davon ist, dafs man durch Jahrhunderte den schlichten Willensbegriff in dem Bestreben, Teile der Wissentlichkeit darin unterzubringen, zu Tode interpretiert hat.

Was den Begriff des „*Vorsatzes*“ betrifft, so hat die gemeine Meinung Recht, soweit sie annimmt: 1. dafs dieser Begriff nicht identisch ist mit Absicht in dem Sinne des direkten Gewollthabens, oder wie man sich auszudrücken vorzieht: Bezweckthabens des Erfolges; 2. dafs dieser Begriff die Absicht mitumfafst[5]); 3. dafs der Vorsatzbegriff weiter ist, als der Begriff der Absicht, dafs er ungefähr das, was die frühere Doktrin unter dolus indeterminatus s. eventualis, manche

---

2) Die Zusammenstellung der Paragraphen, in welchen diese und sonstige auf das Verschulden Bezug habende Worte vorkommen, findet man bei Binding, Normen, II, Anm. 665 ff.; Lucas, subj. Verschuldung, 22 ff.

3) Vgl. etwa Lucas l. c. 28 ff.

4) Ich citiere vorläufig als Beispiel Binding, Normen, II, 594 ff.

5) Das ergibt sich schon aus der Definition des § 211: „Wer *vorsätzlich* einen Menschen tötet, wird, wenn er die Tötung mit Überlegung ausgeführt hat, wegen Mordes mit dem Tode bestraft.“ Dafs hier die absichtliche Tötung mit getroffen sein soll, ist zweifellos.

Autoren unter „Vorsatz" verstanden haben, also nach meiner Terminologie die höheren Formen der Wissentlichkeit, ebenfalls mitumfaſst.

Das alles ergibt sich mit Sicherheit aus der durch die Vorgeschichte erklärten Ausdrucksweise des Gesetzes.

Dagegen bietet das Gesetz keinen Anhalt für die Begrenzung des Vorsatzbegriffes nach unten: gegen die Fahrlässigkeit hin. Gerade das ist der Punkt, welcher absichtlich unklar gelassen wurde; die Gesetzgebung hat der Wissenschaft in dieser Frage Blankettvollmacht erteilt. Ich habe bereits bemerkt, daſs der Wissenschaft damit eine ihr nicht zukommende Aufgabe zugemutet wurde.[6])

Des ferneren wird in Streit gezogen, ob das Gesetz zum Vorsatze ein Bewuſstsein der Rechtswidrigkeit erfordere.

Ich schlieſse mich der in der Praxis herrschenden Ansicht an, daſs dies nicht der Fall ist. Es ist weder im Gesetze gesagt, noch auch stillschweigend vorausgesetzt. Was die Vorgeschichte betrifft, so enthielt der preuſsische Entwurf von 1847 im § 61 die an frühere Entwürfe anschlieſsende, gegen die Feuerbachsche Lehre gerichtete Bestimmung, daſs der Irrtum über das Dasein des Strafgesetzes oder die Art und Gröſse der im Gesetze angedrohten Strafe die Zurechnung nicht ausschlieſse. Diese Bestimmung wurde später eliminiert, und zwar nicht deshalb, weil man sie aufgeben wollte, sondern weil man sie für *selbstverständlich* hielt.[7]) Soweit man also das Schweigen des preuſsischen Strafgesetzes aus seiner Vorgeschichte erklären will, wird man es als Ablehnung des Postulates, daſs zum Dolus Bewuſstsein der Rechtswidrigkeit erforderlich sei, auslegen müssen; das gleiche gilt für das Reichsstrafgesetzbuch, bei dessen Redaktion eine Änderung in dieser Frage nicht beabsichtigt war.[8])

So oft das Wort „*wissentlich*" vorkommt, bedeutet es nicht ein positives Erfordernis, wenigstens soferne es auſser Zweifel steht, daſs das betreffende Verbrechen ein vorsätzliches sein soll. Denn § 59 stellt die allgemeine Regel auf, daſs das Nichtwissen von Thatumständen, welche zum gesetzlichen Thatbestande gehören, die Vorsätzlichkeit ausschlieſst; es wäre daher die sonderbarste Überflüssigkeit, das noch im besonderen Teile unausgesetzt zu wiederholen. So heiſst es z. B.:

§ 229. Wer vorsätzlich einem anderen, um dessen Gesundheit zu

---

6) Vgl. o. S. 252 f., bes Anm. 29; auch diese Frage war und ist bestritten; aus der Litteratur hebe ich mit besonderem Vergnügen die ebenso kurzen als kernigen Worte Bindings, Normen, II, 458 f., heraus.

7) Vgl. Goltdammer, Materialien, I, 378, 434; Hälschner I, 261 f.; Heinemann (Hugo) in Z. f. ges. Strafr. XIII, 445 ff.

8) Ich werde auf diese Kontroversen noch zurückkommen; die Grundzüge meiner Auffassung habe ich in der Grünhutschen Zeitschrift, XX, 772 ff. dargelegt; vgl. auch oben S. 93 ff.

beschädigen, Gift oder andere Stoffe beibringt, welche die Gesundheit zu zerstören geeignet sind, wird u. s. w.

§ 324. Wer vorsätzlich Brunnen . . . vergiftet oder denselben Stoffe beimischt, *von denen ihm bekannt ist,* dafs sie die menschliche Gesundheit zu zerstören geeignet sind . . . . wird u. s. w.

Kein Mensch wird auf den Gedanken verfallen, dafs im Falle des § 229 das Wissen der Eigenschaft jenes „Stoffes" nicht verlangt wird. Sondern die Betonung der Wissentlichkeit hat eine andere, negative Bedeutung; es wird damit gesagt, dafs in Bezug auf das betreffende Thatbestandsmoment *nicht mehr* als ein wissentliches Verwirklichen, also kein Wollen, keine Absicht verlangt wird. So glaubt der Gesetzgeber in § 257 (Begünstigung), wo er in Beziehung auf gewisse Momente des Thatbestandes ein Wollen verlangt: „um denselben der Bestrafung zu entziehen, oder um ihm die Vorteile des Verbrechens oder Vergehens zu sichern", hervorheben zu müssen, dafs in Bezug auf andere Momente die Wissentlichkeit genüge.[9]) Bei der Auswahl dieser einzelnen Momente läfst sich ein System nicht feststellen.[10]) Welcher Grad von Bestimmtheit des Wissens verlangt wird, ist im Gesetze der Regel nach nicht ausgesprochen[11]); es ist daher bestritten.[12])

Was das Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit betrifft, so geht das Gesetz offenbar von der Annahme aus, dafs die Fahrlässigkeit ein ungleich geringerer Grad des Verschuldens ist, als der Vorsatz. Bei der Mehrzahl der Verbrechen ist die fahrlässige Begehung ganz straflos gelassen; wo sie bestraft wird, sind die Strafrahmen erheblich niedriger als für das vorsätzliche Delikt; das Maximum der Fahrlässigkeitsstrafe beträgt 5 Jahre Gefängnis (§ 222, Abs. 2); die entehrende Zuchthausstrafe ist nirgends im Gesetze für Fahrlässigkeit angedroht. Ein fahrlässiges Verbrechen im engeren Sinne kommt also im Reichsstrafgesetzbuche gar nicht vor.

Die zufällige Begehung ist nur in einem (bestrittenen) Falle unter Strafe gestellt.[13])

---

9) „Wer nach Begehung eines Verbrechens oder Vergehens dem Thäter oder Teilnehmer *wissentlich* Beistand leistet"; der Streit, ob das Wissen sich auch auf die Subsumtion des Faktums (Vergehen oder Übertretung?) bezogen haben müsse, ist für uns nicht bedeutend.

10) Ich werde auf diese Frage im zweiten Bande gelegentlich der Handlungsverbote zurückkommen.

11) Ausnahme § 259: „Wer seines Vorteils wegen Sachen, von denen er *weifs oder den Umständen nach annehmen mufs*, dafs sie mittelst einer strafbaren Handlung erlangt sind, verheimlicht u. s. w.

12) Vgl. Lucas l. c. 42 ff.

13) § 186: „Wer in Beziehung auf einen anderen eine Thatsache behauptet oder verbreitet, welche denselben verächtlich zu machen oder in der öffentlichen

Die prinzipielle Regelung der Schuldfrage ist also im Reichsstrafgesetzbuche in einer Weise erfolgt, dafs man wohl sagen kann, der Gesetzgeber sei dem Stande der Wissenschaft. und der Rechtsüberzeugung seiner Zeit im grofsen und ganzen gerecht geworden; dabei ist naturgemäfs viel Gelegenheit zu Verbesserungen gegeben, unter denen die Schaffung mittlerer Strafrahmen für die mittleren Formen der Wissentlichkeit m. E. die dringendste wäre.

Ganz anders steht es aber um die Durchführung dieser Prinzipien; hier finden wir eine geradezu beängstigende Unsicherheit; der unsinnige Satz: versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto, hat im deutschen Strafrechte der Gegenwart in einer Weise die Herrschaft erlangt, dafs daneben der Standpunkt Carpzovs ein erhabener, jener von Leyser, Böhmer und Nettelbladt-Gläntzer aber geradezu ein sternenhohes Ideal ist.

Das Strafgesetz kennt eine Reihe von Delikten, wo für den Fall, dafs zu dem Thatbestande derselben ein bestimmter Erfolg hinzustöfst, erhöhte Strafen ausgesetzt sind.[14]) Der Grundstock dieser Delikte stammt aus dem preufsischen Strafgesetzbuche, und wurde bereits oben besprochen. Über die wichtigsten derselben habe ich eine Tabelle verfertigt, welche am Schlusse des Buches beiliegt.[15])

Schon der erste Blick auf diese Tabelle zeigt, dafs das Gesetz bei diesen Qualifikationen ohne jeden Plan vorgegangen ist.

Vor allem fällt uns auf, dafs die schwere Körperverletzung nur bei dem kleineren Teile der Verbrechen als Qualifikationsgrund hervorgehoben ist; wo dies nicht der Fall ist, wird bei dem Erfolgen einer schweren Körperverletzung das Grunddelikt entweder mit § 224

---

Meinung herabzuwürdigen geeignet ist, wird, *wenn nicht diese Thatsache erweislich wahr ist*, etc." Hier gibt es nur zwei Möglichkeiten; entweder man nimmt an, dafs die Nichterweislichkeit Thatbestandsmoment ist: dann mufs auch dieses Moment vom Vorsatz umfafst sein; so Binding, Normen, II, 610 f. und die dort citierten Urteile. Oder man nimmt an, dafs es sich um eine objektive Bedingung der Strafbarkeit handle, was die stilistische Fassung anzudeuten scheint (vgl. österr. St.-G. § 491, Abs. 2); dann hat der Gesetzgeber durch einen technischen Kniff — indem er das wichtigste Moment, die Unwahrheit der Behauptung, nicht in den Thatbestand aufnahm — auch dem Zufalle freies Spiel gelassen; was Binding mit Recht dieser (herrschenden) Ansicht entgegenhält. Dafs der restliche Thatbestand vom Vorsatz umfafst sein müsse, also vom Standpunkte der formalen Technik ein vorsätzliches Delikt vorliegt, ist selbstverständlich; vgl. noch Meyer, Lehrb. 4. Aufl. 611 f.; v. Liszt, 317; Olshausen zu § 186, n. 8. — Über weitere Fragen, die hier übergangen werden, s. v. Liszt, 134.

14) Ich werde mich der Ausdrücke „*Grunddelikt*" und „*qualifiziertes Delikt*" bedienen.

15) Aus den Nebengesetzen wären noch zu erwähnen das Rinderpestgesetz v. 21. Mai 1878 § 4; Nahrungsmittelgesetz v. 14. Mai 1879, §§ 12, 13; Sprengstoffgesetz v. 9. Juni 1884, § 5. Vgl. Thomsen, 3 ff.

oder mit § 225 in Idealkonkurrenz treten, wobei in der Regel an dem Strafrahmen nichts geändert wird.[16]) In den übrigen Fällen bewirkt der Hinzutritt dieser Folge eine bald mehr, bald minder erhebliche Erschwerung der Strafe. Um zwei besonders nahe verwandte Fälle hervorzuheben: die gewöhnliche Vergiftung (§ 229) und die gemeingefährliche Vergiftung (§ 324) sind als Grunddelikte mit gleicher Strafe bedroht; ebenso ist die Strafe in beiden Fällen gleich hoch bemessen, wenn das Grunddelikt durch Tod qualifiziert wird; dagegen ist die schwere Körperverletzung nur bei § 229 als Qualifikation verwertet, wo der Strafrahmen besonders mit Rücksicht auf das Minimum empfindlich erhöht wird. Ein Grund für diese Ungleichheit ist total unerfindlich.

In zwei Fällen finden wir das Widerspiel: es ist wohl die schwere Körperverletzung, aber nicht die Tötung als Qualifikation verwertet. Im Falle des § 118 beruht dies offenbar auf Absicht: es sollen die Sätze über Tötung in Anwendung kommen. Weniger planvoll ist das Schweigen bei § 340; dort ist die Qualifikation durch schwere Körperverletzung eine so intensive, dafs das Strafmafs bei Hinzutritt einer Tötung nicht weiter erhöht wird.[17])

In einem Falle (§ 251) sind beide Qualifikationen absichtlich gleich behandelt.

Im allgemeinen wird jedoch die Qualifikation durch Tod viel strenger behandelt, als die durch schwere Körperverletzung.

Auch bei der Ausmessung der qualifizierten Strafen zeigt sich kein System; am klarsten sprechen die Rubriken, welche die Erhöhung des Minimums anzeigen; diese Erhöhung schwankt bei der Qualifikation durch Körperverletzung zwischen 1 Monat Gefängnis und 9²/₃ Jahren Zuchthaus; bei der durch Tötung zwischen 3 Monaten[18]) Gefängnis und 9²/₃ Jahren Zuchthaus. Schwere Grunddelikte werden leichter behandelt[19]), gleiche ungleich; am krassesten zeigt sich dies bei der Vergleichung der §§ 221 und 321. Die Grunddelikte haben hier den gleichen Strafrahmen, Gefängnis nicht unter drei Monaten; bei Qualifikation durch schwere Körperverletzung ist § 321 bevorzugt durch Zuchthaus bis zu 5 Jahren (§ 221: bis zu zehn Jahren); dagegen verkehrt sich das Verhältnis bei

16) Ausgenommen sind nur die fahrlässigen Grunddelikte; im Falle des § 206 ferner ist das Schweigen des Gesetzgebers als Privilegium zu deuten.

17) Da nämlich, wie gezeigt werden wird, bei den übrigen Delikten unter der Qualifikation durch Tod der Mord nicht eingeschlossen ist, so würden in Konkurrenz mit dem Grunddelikt die §§ 212, 222, 226 eintreten können, deren Strafmaximum das des § 340 nicht übersteigt.

18) Dabei sind die fahrlässigen Grunddelikte nicht mitgezählt.

19) Z. B. ist Brandstiftung mit folgender schwerer Körperverletzung minder strafbar, als Raub mit der gleichen Folge, obwohl das Grunddelikt schwerer ist. — In der älteren Litteratur hiefs es hie und da, dafs die Qualifikation um so schwerer sein müsse, je schwerer das Grunddelikt sei. Diese Regel ist also nicht befolgt.

Qualifikation durch Tod: hier ist § 321 (Zuchthaus nicht unter 5 Jahren) strenger behandelt als § 221 (Zuchthaus nicht unter 3 Jahren).

Es ist leicht, diese Beobachtungen an der Hand der Tabelle fortzusetzen. Ich glaube, dafs es niemandem gelingen wird, das System des Gesetzgebers zu entdecken.

Indem wir nun mit wesentlich herabgestimmten Erwartungen an die weitere Untersuchung schreiten, drängt sich uns zunächst die Frage auf: Ist der *zufällige* Eintritt der bezeichneten Folgen geeignet, die Qualifikation des Grunddeliktes zu begründen?

Der Ausdruck „ist durch .... verursacht worden" läfst sich nach allen Regeln der deutschen Sprache nur als Bezeichnung eines rein objektiven Kausalverhältnisses auffassen. Man war wohl berechtigt, die gleichen Ausdrücke des preufsischen Strafgesetzes an der Hand seiner Vorgeschichte einer berichtigenden Interpretation zu unterziehen; diese Berechtigung dürfte jetzt entfallen sein. Denn wir haben gesehen, dafs die preufsische Praxis die fraglichen Paragraphen trotz des Einspruches der Wissenschaft[20]) im objektiven Sinne interpretierte. Wenn nun der Gesetzgeber trotzdem die objektive Fassung beibehält, so läfst sich kaum mehr behaupten, dafs er durch diese ein Schuldverhältnis habe bezeichnen wollen.[21])

Die Frage war früher eifrig bestritten; ein kleiner aber gewählter Kreis erklärte, eine so unglaubliche Verkennung des Schuldprinzipes dürfe dem Gesetze gar nicht zugemutet werden.[22]) Andere teilten die Entrüstung, meinten aber, dafs leider alle Berufungen auf die Grundsätze des Rechts gegenüber der lex lata machtlos seien (Geyer). Wieder andere fanden, wie es scheint, an dieser Zufallshaftung keinen Anstofs, ja sie hatte sogar ihre Verteidiger! Besonders scheint die Praxis es sehr „praktisch" gefunden zu haben, dafs man nun in so und so vielen Fällen des häkeligen Schuldbeweises enthoben sei.[23])

In diesem Zweifel griff die Reichsgesetzgebung ein, und bewies aufs schlagendste, dafs jene Juristen, welche derartigen Unverstand einem

---

20) Dieser Einspruch wurde gelegentlich der Vorarbeiten zum St.-G. für den nordd. Bund erneuert; so durch Berner, o. § 11, Anm. 60; s. auch dessen Kritik des Entw. S. 50, 55f.; v. Wächter, Beitrag zur Gesch. u. Krit. d. Entwürfe u. s. w. 1870, S. 132ff.; Seeger in den Verhandlungen des 9. deutschen Juristentages, I, 81.

21) Minder wichtig, aber immerhin bezeichnend ist der Umstand, dafs bei den Reichstagsverhandlungen der Abgeordnete Planck die objektive Auslegung der „schweren Körperverletzung" vorbrachte, ohne Widerspruch zu finden. Stenograph. Berichte S. 666.

22) So Berner, 131, A. 3, 509, in Fortsetzung seiner früheren Bestrebungen; Hälschner, zuletzt gem. Deutsch. Strafr. I, 325ff., II, 28ff., 620, 634, 819; Schütze, 127 A. 11, 270 A. 38, 396 A. 9; Binding, Handb. I, 366; anschliefsend Baumgarten, Die Lehre vom Versuche (1888) 375.

23) Vgl. Meyer, Gerichtssaal XXXIII, 119f.

modernen Gesetzgeber nicht zutrauen zu dürfen glaubten, sich geirrt hatten. Das Sprengstoffgesetz vom 9. Juni 1884 enthält nämlich folgende Vorschrift:

„§ 5. Wer vorsätzlich durch Anwendung von Sprengstoffen Gefahr für das Eigentum, die Gesundheit oder das Leben eines anderen herbeiführt, wird mit Zuchthaus bestraft.

Ist durch die Handlung eine schwere Körperverletzung verursacht worden, so tritt Zuchthausstrafe nicht unter fünf Jahren, und wenn der Tod eines Menschen verursacht worden ist, Zuchthausstrafe nicht unter zehn Jahren oder lebenslängliche Zuchthausstrafe ein.

Ist durch die Handlung der Tod eines Menschen herbeigeführt worden, und hat der Thäter einen solchen Erfolg voraussehen können, so ist auf Todesstrafe zu erkennen."

Da in Abs. 3 der zur Fahrlässigkeit[24]) zuzurechnende Tod mit einer schwereren Strafe bedroht ist, so ist es sonnenklar, dafs in Abs. 2 der rein zufällige[25]) Erfolg als Qualifikationsgrund erscheint.

Wenn diese Stellungnahme der Reichsgesetzgebung auch nicht die Kraft einer authentischen Interpretation hat, so wirft sie doch ein so schwerwiegendes Argument in die Wagschale, dafs die schon früher überwiegende Ansicht, es komme bei Vorliegen der erwähnten objektiv gehaltenen Wendung auf das Vorhandensein einer Verschuldung gar nichts an, heute als herrschend bezeichnet werden kann.[26])

---

24) Die Motive (Drucksachen No. 84, mitgeteilt in der Rüdorffschen Ausg. d. St.-G.) scheinen an Wissentlichkeit gedacht, aber aus Rücksicht auf die Beweisschwierigkeit die traditionelle Vertauschung des scivisse mit dem scire potuisse vorgenommen zu haben; nach dem Gesetze genügt ohne Zweifel unbewufste Fahrlässigkeit.

25) Ein solcher kann sehr leicht eintreten. Z. B. A nimmt im Walde in der Nähe einer unbenützten Jagdhütte, die einem anderen gehört, Experimente mit einem neuem Sprengmittel vor. Er ist sich bewufst, die Hütte zu gefährden (hat auch den „Vorsatz", dies zu thun) und hofft, sich mit dem Eigentümer eventuell abzufinden. Dagegen entwickelt er in Bezug auf Menschenleben die höchste Sorgfalt; er sperrt den Platz durch seine Leute, untersucht persönlich die Hütte aufs genaueste, ruft, klopft etc. und ist völlig überzeugt, dafs dieselbe leer sei. Thatsächlich hat sich aber ein Stromer in der Hütte verborgen, und ist, während A sie absuchte, in den Rauchfang gekrochen, um nicht entdeckt zu werden. Und gerade den Schornstein beschädigt die Explosion so unglücklich, dafs der Stromer infolgedessen stirbt. Die Strafe des A beträgt Zuchthaus von 10 Jahren bis lebensl. Zuchthaus. War jedoch die Hütte sein Eigentum oder auch nur herrenloses Gut, dann ist A ein unschuldsvoller Engel, der höchstens in eine der polizeilichen Vorschriften des Gesetzes verfällt. Kenner des englischen Strafrechts werden sich hier an eine der berüchtigsten Spezialitäten desselben erinnern.

26) Für die Zufallshaftung treten (de lege lata) u. A. ein die Kommentare von Oppenhoff (12. Aufl. 1891) zu § 59 n. 19 (s. o. § 11 Anm. 54); Rüdorff (4. A. 1892) zu § 222 n. 10; v. Schwarze (5. Aufl. 1884), S. 22f.; Olshausen, Th. I, Abschn. IV, N. 3; ferner v. Buri im Gerichtssal XXIII, 133f. und Causalität (1873)

Diese Art des qualifizierten Deliktes kann bei den meisten Grunddelikten vorkommen; ausgeschlossen ist sie nur bei einigen gemeingefährlichen Delikten.[27])

Eine weitere Frage geht dahin: gilt der gleiche Strafrahmen auch dann, wenn der Erfolg als *fahrlässig* verursachter zuzurechnen ist? Diese Frage wird mit Recht allgemein bejaht.[28])

Wenn nun durch eines dieser Delikte der Tod einer Person in einer fahrlässigen Art herbeigeführt wurde, so ist es nach meiner Ansicht ganz falsch, Idealkonkurrenz mit § 222, also die Anwendung des § 73, anzunehmen; und zwar aus dem Grunde, weil *spezielle* Strafbestimmungen vorliegen, welche nach allgemein anerkannten Auslegungsregeln die Idealkonkurrenz ausschliefsen.[29])

Konkret gesprochen: Der § 316, Abs. 2 trifft für Personen, die zur Leitung der Eisenbahnfahrten und zur Aufsicht über die Bahn und den Beförderungsbetrieb angestellt sind, die Bestimmung, dafs, wenn sie durch Vernachlässigung der ihnen obliegenden Pflichten einen Trans-

---

56 ff.; Schaper in Holtzendorffs Hdb. II, 205 f.; Geyer, eod. III, 533 A. 5, 544 f., IV, 367 f., Grundrifs I, 117; Meyer, 163; v. Liszt, 135, A. 6; Rupp l. c. 60; Wahlberg in Z. f. ges. Strafr. II, 207 ff.; Birkmeyer, Gerichtssaal XXXVII, 314 ff. (der zuerst das Argument aus § 5 Sprengstoffges. kräftig verwertete); v. Rohland, Gefahr im Strafr. (2. Aufl. 1888) 73; Landsberg, Die sog. Commissivdelikte durch Unterl. (1890) 209 f. (der „diese Rechtslage als eine unsittliche und unsererer Civilisation unwürdige" verdammt); schliefslich Thomsen, 25 ff. Ebenso die Praxis; Entscheidung des Reichsgerichts teilt mit Birkmeyer l. c. — Eine besondere Ansicht vertritt Loening, Grundr. 30, 45; er nimmt für unsere Fälle culpa dolo determinata an; nur dafs die dazugehörige culpa unwiderleglich präsumiert wird! Ähnlich Merkel, Lehrb. § 26, 6, § 34, 1, § 114, 2e. Dem Thäter dürfte diese schöne Konstruktion wenig Trost gewähren. Man könnte ebenso gut auch sagen, es liege eine unwiderlegliche Präsumtion des Dolus vor. Vgl. o. § 11, Anm. 56, u. Schmid, Die Präsumptionen im deutschen Reichsstrafrecht (1884), 74. — Für die Form, wo das Grunddelikt durch zufälligen Eintritt der Folge qualifiziert ist, schlägt Thomsen die Bezeichnung „*zufälliges qualifiziertes Delikt*" vor und spricht ebenso von einem „*fahrlässigen qualifizierten Delikte*", und einem „*vorsätzlichen qualifizierten Delikte*". Diese allerdings kürzenden Bezeichnungen sind unbrauchbar, da das Adjektiv nach den Regeln der deutschen Sprache auf das Grunddelikt bezogen werden mufs, nicht wie Th. will, auf den qualifizierenden Umstand.

27) S. u. S. 272 f.

28) Vgl. Thomsen, 33 f.

29) Das gilt sowohl für jene Schule, welche unter Idealkonkurrenz eine Mehrheit von Verbrechen, begangen durch eine Handlung, versteht; sie spricht in diesem Falle von *Gesetzeskonkurrenz*. Es gilt ebenso für jene Schule, welche es als das Wesen der Idealkonkurrenz bezeichnet, dafs eine bestimmte Handlung unter mehrere Strafgesetze fällt; denn nach dieser Schule ist es wieder selbstverständlich, dafs in dem Falle, wo ein Gesetz besteht, welches die Handlung spezieller regelt, welches die sämtlichen strafrechtlich relevanten Merkmale der Handlung erschöpft, eine Anwendung des minder spezialisierten von vornherein aufser Frage steht. Vgl. Heinemann, Idealkonkurrenz, 101 ff., bes. 108; v. Liszt, Lehrbuch, 213.

port in Gefahr setzen, und dadurch der Tod eines Menschen verursacht worden ist, sie mit Gefängnis von einem Monat bis zu drei Jahren bestraft werden sollen. Wenn nun das „verursachen“ auch als „fahrlässig verursachen“ verstanden werden soll, so kann niemand zweifeln, daſs, falls ein solcher Fall eintritt, er in § 316 viel spezieller beschrieben ist, als in § 222, wo es allgemein heiſst: „Wer durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen verursacht.“ Folglich ist § 316 allein anzuwenden. Das ist doch ganz klar und einfach. Aber etwas verblüffend wirkt die Entdeckung, daſs nach dieser Ansicht die Eisenbahnbeamten gegenüber § 222, Abs. 2 *privilegiert* sind! Nach der letzteren Stelle wäre, da die betreffende Aufmerksamkeit zweifellos zu den besonderen Berufspflichten des Eisenbahners gehört, das Maximum der Strafe nicht drei, sondern fünf Jahre Gefängnis [30]); in Bezug auf das Minimum besteht allerdings eine Erschwerung; im Falle des § 222 beträgt es nämlich nur einen Tag Gefängnis.

Nun eine dritte Frage: gelten die gleichen Strafrahmen etwa auch für den Fall, daſs der qualifizierende Erfolg *vorsätzlich* herbeigeführt worden ist?

Diese Frage ist fast bei jedem einzelnen Paragraphen bestritten.[31]) Eine Unterscheidung von Paragraph zu Paragraph halte ich für eine allen Regeln der Interpretationskunst hohnsprechende Ausflucht; der Gesetzgeber verwendet gleichmäſsig die Phrase: „ist . . . verursacht worden,“ oder (ausnahmsweise) Wendungen, wie „hat . . . zur Folge“ und ähnliche [32]), hinter denen doch niemand eine materielle Verschiedenheit des Thatbestandes wird wittern wollen; und nun soll aus der Vorgeschichte des einen oder anderen Paragraphen, oder aus speziellen, meist herzlich unbedeutenden Gründen diese Phrase einmal so, das nächstemal anders interpretiert werden! Das mindeste, was man verlangen kann, ist hier die Interpretation nach Paragraphengruppen, nicht nach Individuen!

Vor allem nun scheidet hier eine Gruppe aus: es sind jene Fälle, wo daſs Grunddelikt ein *kulposes* ist: §§ 309, 314, 316, 326. Daſs der Strafrahmen des durch Tod qualifizierten Deliktes (durchweg 1 Mon. Gef. — 3 Jahre Gef.) für keine Art vorsätzlicher Tötung auch nur an-

30) Die Unerquicklichkeit dieses Resultates dürfte der Grund sein, aus welchem Olshausen (zu § 316, Nr. 9) und andere mit der Praxis die Zulässigkeit der Anwendung des § 73 annehmen.

31) Vgl. Thomsen, 34 ff, ferner bei jedem einzelnen angeführten Delikte. — Ich weiche in dieser Frage, wie in manchen anderen Punkten von Th. wesentlich ab, glaube aber mich auf die positive Begründung meiner eigenen Ansicht beschränken zu dürfen, da eine ständige Polemik zu fruchtlosen und unerquicklichen Weitläufigkeiten führen würde.

32) Zusammenstellung bei Thomsen, 6 f.

nähernd pafst, ist ebenso klar, wie dafs man überhaupt durch eine fahrlässige Brandstiftung nicht jemanden vorsätzlich töten kann.

Sehr wichtig für die weitere Untersuchung ist die Gruppe der gemeingefährlichen Delikte. Wir haben erfahren, dafs bei ihnen die Qualifikation durch Tod im preufsischen Strafgesetzbuche auf den Fall gemünzt war, wo dieser Tod dem dolus indeterminatus s. eventualis des Thäters zurechenbar ist, wenn auch die spätere Anwendung die Grenze gegen die culpa dolo determinata, ja gegen den Zufall hin erweiterte. Ebenso läfst sich auch für das Reichsstrafgesetzbuch behaupten, *dafs die durch Tod qualifizierten gemeingefährlichen Delikte als Normalfall die Tötung mit dolus indeterminatus s. eventualis vor Augen haben.* Das ergibt sich aus folgender Erwägung.

Unter den in Frage kommenden *Grunddelikten* haben einige die Verursachung der gemeinen Gefahr für Menschenleben, bezw. für das Leben eines anderen oder für den „Transport“ ausdrücklich in ihren objektiven Thatbestand aufgenommen: §§ 312, 315, 321 (wenigstens teilweise; es genügt auch die Gefährdung der Gesundheit) 323. Da es sich um vorsätzliche Delikte handelt, so mufs der Vorsatz auch dieses Thatbestandsmoment umfassen; zum mindesten ist es m. E. gar nicht anzweifelbar, dafs die Unkenntnis dieser Thatumstände gemäfs § 59 den Vorsatz ausschliefst.[33]) Bei den übrigen Grunddelikten, §§ 306, 322, 324 ist der Thatbestand so eingerichtet, dafs man das Bewufstsein der Gefährdung von Menschenleben als den normalen, der weitaus überwiegenden Mehrzahl der Fälle entsprechenden Begleiter des Deliktes anzusehen alle Ursache hat.[34]) Der Thäter wird also teils in allen, teils in den normalen Fällen der Grunddelikte dieser Gruppe das wirkliche Bewufstsein haben, dafs er durch seine Handlung Menschen in Lebensgefahr bringe; wenn nun in der That durch dieselbe Menschen um das Leben kommen, so liegt eine höhere Form von *Wissentlichkeit* vor, die nach den meisten der kursierenden Theorien zum „Vorsatz“ im engeren Sinne, zum dolus indeterminatus s. eventualis zurechenbar

---

33) Ähnlich auch Olshausen zu § 315 n. 11, dagegen derselbe zu § 312 n. 5, § 321 n. 8, § 323 n. 4. Er beruft sich auf die allerdings auffallende Satzbildung: „Wer mit gemeier Gefahr für Menschenleben vorsätzlich eine Überschwemmung herbeiführt“, und vermutet, dafs das „vorsätzlich“ sich, der Grammatik entsprechend, nur auf die Thätigkeit, nicht auf ihre Qualität beziehen soll. Doch kann eine solche Argumentation gegenüber § 59 St. G. nicht standhalten.

34) Immerhin sind aber Fälle denkbar, wo dieses Bewufstsein mangelt. Z. B. jemand stiehlt Teile eines Schiffahrtzeichens und macht es dadurch unbrauchbar; wenn dies zu einer Jahreszeit geschieht, wo an jener Stelle regelmäfsig überhaupt keine Schiffahrt betrieben wird, so kann das Gefährdungsbewufstsein mangeln; ja es kann in Bezug auf den Tod als Folge geradezu Zufall vorliegen; der Thäter hätte z. B. alle Ursache gehabt anzunehmen, dafs der Mangel rechtzeitig bemerkt und abgestellt werden müsse, und dies sei durch einen unvorhersehbaren Zufall unterblieben.

ist. Die gemeingefährlichen Delikte sind ja seit jeher mit Recht als der eigentliche Sitz dieser Schuldform betrachtet worden.[35])

Dafür spricht schliefslich noch eine Erwägung: die aufserordentliche Erhöhung des Strafrahmens bei Eintritt des qualifizierenden Erfolges. Wenn man dem Gesetzgeber auch nur eine Spur von Einsicht zutrauen darf, so mufs man annehmen, dafs er diese schweren Strafen vorwiegend im Hinblick auf den dolus eventualis ausgesetzt hat.

Aber gerade die letzte Erwägung führt zu neuen Zweifeln; denn wenn auch einerseits die Strafen exorbitant erhöht sind, so entsprechen sie doch nur ungefähr der Totschlagsstrafe (5—15 Jahre Zuchthaus), nicht aber der Todesstrafe, die auf die vorsätzliche, mit Überlegung ausgeführte Tötung in § 211[36]) gesetzt ist; und doch wird der Fall, wo eines der genannten Delikte „nicht mit Überlegung" im Sinne der §§ 211, 212 ausgeführt wird, höchst selten sein[37]); keineswegs hat der Gesetzgeber auch nur die leiseste Andeutung in das Gesetz selbst hineingelegt, dafs diese gemeingefährlichen qualifizierten Delikte nur die nichtprämeditierte vorsätzliche Tötung einbegreifen sollen; lege non distinguente nec nostrum est distinguere.

Das Resultat wäre, dafs die fraglichen Delikte gegenüber § 211 ein Privilegium bedeuten würden; wer durch das Mittel eines gemeingefährlichen Verbrechens vorsätzlich und mit Überlegung tötet, wäre besser daran, als jener, der ohne dieses Mittel tötet. Das ist nach allen Regeln guter Interpretation herausgekommen; wenn es absurd und praktisch ganz unbrauchbar ist, so sind daran nicht die Interpretationsregeln schuld.[38])

In dieser Drangsal sind die meisten jener Juristen, die für den Tod als Qualifikation Vorsatz zulassen, auf die Idee verfallen, eine Idealkonkurrenz zwischen den fraglichen Paragraphen und § 211 anzunehmen.[39]) Es ist klar, dafs diese Annahme genau ebenso, wie in dem vorigen Falle, gegen eine der sichersten Regeln des ganzen Strafrechts verstöfst, nämlich die, dafs von Idealkonkurrenz gar nicht die Rede sein kann, wo neben einem allgemeinen Gesetze das spezialisierte Gesetz in Frage steht. Und dafs alle diese Delikte gegenüber dem § 211 einen ganz

35) Vgl. Schaper in Holtzendorffs Handb. IV, 864 ff.

36) Nach der fast unbestritten herrschenden Ansicht genügt zum „Vorsatze" des § 211 der dolus indeterminatus s. eventualis.

37) Bei der ursprünglichen Redaktion dieser Paragraphen hat man an solche Ausnahmsfälle sicher nicht gedacht. Vgl. die nächste Anmerkung.

38) Ungleich konsequenter war das preufsische St. G., welches bei der Qualifikation durch Tod die Todesstrafe verhängte: §§ 285, 290, 294, 302, 303, 304; ausnahmsweise bei § 301 (-321 R. St. G.) zehnjährige bis lebenslängliche Zuchthausstrafe; das entspricht ganz genau dem Normalfalle des dolus indeterminatus; die Reduktion der Strafe war eine schwächliche Halbheit, die alles in Frage gestellt hat.

39) Vgl. Thomsen, passim, bes. S. 48 f.

hervorragenden Reichtum an spezialisierenden Momenten entwickeln, ohne anderseits hinter ihm irgendwie zurückzubleiben, wird kein Verständiger leugnen können.

In sehr feiner und geistreicher Art sucht Binding dieser Schwierigkeit zu entschlüpfen; er subsumiert diese Fälle unter die Lehre von der „Konsumtion einer Strafdrohung durch die andere“; Erscheinungsformen, die, wie er selbst eingesteht, innerlich verschieden und nur darin einig sind, dafs sie Konkurrenzfälle mehrerer Verbrechen *nicht* darstellen.[40]) Er stellt nun die Behauptung auf[41]), dafs in den hier besprochenen Fällen nur dann die Strafe der Tötung durch die geschärfte Verbrechensstrafe konsumiert ist, wenn die letztere schwerer ist[42]), als die der korrespondierenden Tötung; das ist natürlich niemals der Fall, wenn das Grunddelikt „in Mordabsicht“ begangen wurde; ist der Tod zum „Totschlagsvorsatz“[43]) zuzurechnen, dann entscheidet eine Vergleichung des Strafrahmens darüber, ob die Totschlagsstrafe durch die geschärfte Verbrechensstrafe konsumiert ist oder nicht; ähnlich ist das Verfahren bei der Qualifikation durch schwere Körperverletzung.

Es soll demnach über die Anwendung oder Nichtanwendung eines Gesetzes die Schwere der angedrohten Strafe entscheiden, also dasselbe Prinzip, welches § 73 aufstellt, und wir sind auf dem geschilderten Umwege genau an jenem Punkte angelangt, den Binding offenbar vermeiden wollte: Anwendung der Regel von der Idealkonkurrenz auf Gesetze, von denen eines das speziellere gegenüber dem anderen darstellt.

Das ernsteste Bedenken gegen diese Theorie besteht m. E. darin, dafs sie es von Fall zu Fall auf das Resultat einer mathematischen Operation ankommen lassen will, ob die allgemeine oder die spezielle Vorschrift anzuwenden ist; bei der vollkommen gleichen technischen Ausdrucksweise der Paragraphen scheint mir diese Individualisierung nicht statthaft.

Ich glaube, dafs es überhaupt unmöglich ist, aus dem Gesetze ein

---

40) Handbuch I, 363 ff.

41) Handbuch I, 367; Bindings Untersuchung erstreckt sich weiter, insbesondere auf die Nebengesetze.

42) Binding nimmt an, dafs nicht nur das Maximum der Strafe höher, sondern auch das Minimum mindestens nicht leichter sein dürfe, als bei Totschlag; die letztere Forderung halte ich deshalb für einen Irrtum, weil ja die Qualifikation auch fahrlässige Tötung mit umfafst; wenn nun der Gesetzgeber dafür einen Spielraum nach unten frei gibt, so läfst sich daraus allein noch nicht schliefsen, dafs er durch die Strafe des qualifizierten Deliktes die Totschlagsstrafe nicht habe konsumieren wollen; ebenso würde ich von Bindings Standpunkt aus nicht verlangen, dafs das Maximum *höher* sein soll, als die Totschlagsstrafe; ist es nur gleich hoch, so kann man m. E. beruhigt dem spezielleren Gesetze den Vorrang lassen.

43) Binding unterscheidet, wie es scheint unwillkürlich, zwischen Mord*absicht* und Totschlags*vorsatz*, obwol der Mord auch vorsätzlich, der Totschlag auch absichtlich begangen werden kann.

verständiges Resultat zu gewinnen; in solchem Falle halte ich es für gestattet, auf die Motive zurückzugehen, und das, was die Verfasser des Gesetzes sagen wollten, aber nicht gesagt haben, wenn es zu einem brauchbaren Ende führt, entscheiden zu lassen.

Die Motive[44]) polemisieren mit den uns bereits bekannten Motiven zum preufsischen Strafgesetzbuch: „Der Entwurf hat diesen Ausführungen nicht geglaubt beitreten zu können. Er nimmt vielmehr an, dafs die Androhung der Todesstrafe weder auf die blofse *Vermutung*, der Thäter habe bei Begehung des Verbrechens den Tod von Menschen vorausgesehen, noch auf die Erwägung gestützt werden dürfe, dafs der Thäter den Tod von Menschen *hätte* voraussehen müssen. Nur in den Fällen, in denen der Thäter *erweislich* mit Vorsatz und Überlegung den Tod eines Menschen herbeigeführt hat, wird man die Todesstrafe als unzweifelhaft gerechtfertigt ansehen können; für einen solchen Fall aber ist sie als Strafe des Mordes im Entwurfe allgemein angedroht. Die Annahme, dafs der infolge eines vorsätzlich begangenen gemeingefährlichen Verbrechens herbeigeführte Tod eines Menschen stets mit Vorsatz und Überlegung bewirkt sei, ist lediglich eine Fiktion und darum ungerechtfertigt. Der Gesetzentwurf hat für diejenigen Fälle, in denen eines der in Rede stehenden gemeingefährlichen Verbrechen vorsätzlich verübt ist und den Tod eines Menschen verursacht hat, ohne dafs Vorsatz und Überlegung der Tötung erwiesen, lebenslängliche Zuchthausstrafe angedroht."

So unklar diese Ausführungen auch sind — sie behandeln den Gegensatz der vermuteten Wissentlichkeit und des erwiesenen dolus praemeditatus als einen erschöpfenden — so ergibt sich doch aus ihnen das eine mit Sicherheit, dafs der Verfasser des Gesetzes gemeint hat, die Strafe des Mordes, aber auch nur diese, sei durch unsere Paragraphen nicht konsumiert; dagegen sollte zweifellos der Totschlag neben ihnen nicht weiter in Betracht kommen.

Nun hat allerdings die Reichstagskommission die absolut angedrohte lebenslängliche Zuchthausstrafe aus unbekannten Gründen in eine relative mit beträchtlicher Latitude verwandelt[45]); im Reichstage selbst wurde das ohne Debatte angenommen[46]); immerhin sind die Strafen noch hoch genug, um die Totschlagsstrafe konsumieren zu können.[47])

Das Resultat wäre folgendes: Bei den vorsätzlichen, durch Tod qualifizierten Delikten ist die Herbeiführung des Todes durch nicht prä-

44) Mot. zu Entw. I, S. 179; Mot. zu Entw. III, S. 83.

45) Vgl. den „mündlichen Bericht der IV. Kommission, Drucksachen des Reichstages von 1870, No. 92, zu §§ 304, 309, 312, 319, 320.

46) Stenogr. Ber. 1870, S. 741 f.

47) Sie sind durchaus höher, als die Totschlagsstrafe, nur bei § 321 (der überhaupt merkwürdig milde ist, s. u. S. 277) besteht Gleichheit der Strafen.

meditierten Vorsatz eingeschlossen, und zwar ohne Unterschied, ob Tötungs*absicht* oder Tötungs*vorsatz* im engeren Sinne vorliegt; dagegen ist die Herbeiführung des Todes mit Vorsatz und Überlegung ausgeschlossen. Gegenüber dem Morde sind diese Paragraphen gar nicht als lex specialis gedacht; der Verfasser des Gesetzes hat zwar ganz übersehen, diese Unterscheidung im Gesetze selbst auch nur anzudeuten; aber ohne sie läfst sich das Gesetz nicht verständig handhaben. Ich möchte das für die gemeingefährlichen Delikte gewonnene Resultat ohne weitere Detailuntersuchung in allen anderen Fällen anwenden, wo das Gesetz sich der gleichen Formel „ist . . . der Tod verursacht worden“ bedient, und gleiche, oder ähnlich hohe Strafen verhängt, also bei §§ 178, 220, 221, 226[48]), 229, 239, 251. Eine Sonderstellung nimmt § 206 ein, bei welchem in dem Strafrahmen 2—15 Jahre Festungshaft auch die vorsätzliche prämeditierte Tötung eingeschlossen ist, wie sich schon aus § 202 ergibt.

Wir gelangen nunmehr zu der schweren Körperverletzung als Qualifikationsgrund; bezüglich der zufälligen und der fahrlässigen Folge gilt das gleiche, wie bei der Tötung; wie aber bezüglich der vorsätzlichen?

Während das Reichsstrafgesetz bei der Tötung als schwersten Fall die Ausführung mit Vorsatz und Überlegung auszeichnet, nimmt es bei der schweren Körperverletzung einen anderen Einteilungsgrund an. In § 225 sind jene Fälle hervorgehoben, wo die schweren Folgen *beabsichtigt* waren; ich zweifle nicht, dafs dieses Wort im Sinne der dem Strafgesetz vorangehenden Doktrin genau das bedeutet, was der animus des römischen Rechtes, in meiner Terminologie die Absicht: das schlichte Wollen des Erfolges.[49]) Daraus folgt, dafs die vorsätzliche aber nicht absichtliche schwere Körperverletzung unter § 224 fällt. Und da sie hier durch die Fassung: „hat . . . . zur Folge“ eingeschlossen ist, so ist sie es natürlich ebenso in allen übrigen Fällen.

Es ergibt sich aber die weitere Frage, ob diese übrigen durch schwere Körperverletzung qualifizierten Fälle ebenso zu interpretieren sind, wie § 224, oder ob sie weiter gehen und auch die beabsichtigte schwere Körperverletzung einschliefsen?[50]) Die Gleichmäfsigkeit des Ausdruckes in § 224 und diesen Paragraphen, sowie die Analogie mit dem bei der Qualifikation durch Tötung gewonnenen Resultate scheint

48) Gegenüber § 212 allerdings wieder sehr bedenklich.

49) Ich stimme mit Binding überein, der sagt: „hier weifs und will der Thäter, dafs die Verletzung eine schwere werde“; Normen, II, 518; im übrigen gehen freilich unsere Wege wieder auseinander.

50) Auch hier halte ich es für unthunlich, mit Binding jeden einzelnen Paragraphen speziell zu prüfen, da die gleiche Wendung nicht von Fall zu Fall verschiedenen Sinn haben kann.

für den Ausschlufs dieser höheren Form zu sprechen. Dazu kommt noch ein besonderes Argument. Der Einschlufs der absichtlichen schweren Körperverletzung hätte die fatale Folge, dafs § 321 die Fälle, wo jemand durch gemeingefährliche Zerstörung von Wasserwerken, Förderungsanlagen u. s. w. einen Dritten absichtlich schwer verletzt, ganz aufserordentlich privilegieren würde. Das Maximum der Strafe wäre nämlich von 10 auf 5 Jahre Zuchthaus reduziert. Von Idealkonkurrenz mit § 225 kann keine Rede sein, weil, wenn § 321 einmal die absichtliche schwere Körperverletzung einschliefst, er gegenüber § 225 der speziellere Rechtssatz ist.[51]) In allen übrigen Fällen reicht das Strafmafs auch für diese Annahme völlig aus.

Auf der anderen Seite würde die Annahme, dafs die absichtliche schwere Körperverletzung in diese Qualifikationen nicht einzubeziehen sei, zu noch unmöglicheren Resultaten führen. Wenn jemand Steine auf das Geleise legt, um den Zugführer schwer am Körper zu verletzen, so würde seine Handlung nicht unter § 315, Abs. 2 fallen, sondern es würde Konkurrenz des Grunddeliktes, § 315, Abs. 1 mit § 225 vorliegen, das Strafmaximum wäre nach der Regel des § 73 nur zehn Jahre Zuchthaus; läge aber in Bezug auf die Körperverletzung nur dolus indeterminatus, „Vorsatz“, vor, dann wäre der Fall nach § 315 Abs. 2 zu beurteilen und das Strafmaximum wäre fünfzehn Jahre Zuchthaus!! Wie die Tabelle ausweist, liegt das gleiche Verhältnis vor in den Fällen der §§ 229, 251, 340. Die Ursache dieser Verwirrung liegt in der Gedankenlosigkeit des Gesetzgebers, der bei den durch schwere Körperverletzung qualifizierten Delikten das Strafmaximum in dem einen Falle niedriger, in den vier genannten Fällen höher, in drei anderen Fällen (§§ 118, 221, 239) gleich hoch angesetzt hat, wie bei der beabsichtigten schweren Körperverletzung.

Ich halte er für vernünftiger, die Phrase: „ist durch . . . . eine schwere Körperverletzung verursacht worden“ so auszulegen, dafs sie auch die Fälle der beabsichtigten schweren Körperverletzung umfafst. Dann ist für die überwiegende Mehrzahl der Fälle das Resultat ein erträgliches, und der eine Ausnahmefall des § 321 erledigt sich teilweise dadurch, dafs der Gesetzgeber hier auch das Grunddelikt im Vergleiche zu den übrigen gemeingefährlichen Delikten mit einer Milde behandelt, als ob es eher ein Gott wohlgefälliges Werk, denn ein scheufsliches Verbrechen wäre.[52])

---

51) Wir werden sehen, dafs dieses widersinnige Resultat nicht zu umgehen ist.

52) A zündet eine Hütte an, „welche zur Wohnung von Menschen dient“: Strafe Zuchthaus von 1—15 Jahren; B verursacht eine Überschwemmung „mit gemeiner Gefahr für Menschenleben“: Zuchthaus 3—15 Jahren; C legt einen Stein auf das Geleise einer Sekundärbahn und „setzt dadurch den Transport in Gefahr“: Zuchthaus von 1—10 Jahren; D endlich zerstört die Wetterführung eines Schachtes

Ich fasse das Schlufsergebnis zusammen und bemerke, um Irrtümern vorzubeugen, dafs meine Auffassung in den Hauptzügen *nicht* originell ist, sondern von einer grofsen Zahl trefflicher Kriminalisten geteilt wird: Wo das Gesetz den Erfolg „schwere Körperverletzung“ oder „Tod“ als Qualifikation von Delikten verwertet, ist im allgemeinen zufällige, fahrlässige, vorsätzliche und absichtliche Herbeiführung dieser Erfolge eingeschlossen; ausgeschlossen ist nur die Tötung mit überlegtem Vorsatz (bis auf § 206, wo auch diese eingeschlossen ist); zufällige und unbewufst fahrlässige Verursachung ist nur bei jenen Delikten ausgeschlossen, wo die Verursachung einer Gefahr für Leben oder Gesundheit anderer zum Thatbestande des Grunddeliktes gehört.

Im allgemeinen sind die Abstufungen Zufall, Fahrlässigkeit, Vorsatz, Absicht innerhalb eines und desselben Strafrahmens — und diese Strafrahmen sind oft recht enge — zu berücksichtigen.

Man wird ohneweiters geneigt sein zuzugeben, dafs das eine mehr als summarische Gerechtigkeit ist.[53])

Aber der kühle Spott ist angesichts dieses Unfuges nicht am Platze. Diese Paragraphen sind ein empörendes Schandmal unserer Zeit. Dafs sie sich ein Vierteljahrhundert in Geltung erhalten konnten, dafs sie nicht von einem Sturme der öffentlichen Entrüstung hinweggefegt wurden, wird uns die mit Staunen gemischte Verachtung kommender Geschlechter eintragen.

Und wir dürfen nicht einmal die Entschuldigung stammeln, dafs wir dieses Recht nicht gemacht, sondern als drückendes Erbe der Vergangenheit übernommen haben; denn diese Vergangenheit war weit besser, weit vorgeschrittener, als unsere liederliche und indolente Gegenwart.

Betrachten wir den dolus indirectus des 18. Jahrhunderts, über den man uns in unverschämtem Hochmut die Nase zu rümpfen gelehrt hat, so finden wir, dafs an ihn ungefähr jene Straffolgen geknüpft wurden, die wir heute bei den durch den Erfolg qualifizierten Delikten wiederfinden. Um das klassische Hauptbeispiel herauszuheben: die Tötung mit dolus indirectus wurde nach der strengeren Ansicht mit der Strafe des Totschlages, nach einer milderen mit aufserordentlicher Strafe belegt. Die „Körperverletzung mit tödlichem Ausgang“ des § 226 entspricht ebenfalls ungefähr an Schwere dem Totschlag.[54]) Im allge-

---

oder das Förderwerk desselben, und „führt dadurch Gefahr für das Leben Anderer herbei“. Seine Strafe beträgt Gefängnis (!) von 3 Monaten bis zu 5 Jahren!

53) Das Gesetz überbietet sich selbst in § 251, wo ein sehr enger Strafrahmen (10 Jahre Zuchth.—lebensl. Zuchth.) sämmtlichen Qualifikationen von der zufälligen schweren Körperverletzung bis zur vorsätzlichen nicht prämeditierten Tötung gerecht werden soll!

54) Die Maxima sind gleich (15 Jahre Zuchthaus); die Minima variieren bei

meinen sind die Strafen milder geworden; wenn wir jedoch die Relation zu dem ganzen Strafensystem ins Auge fassen, wird heute nach R. St. G. im Falle des § 226 genau die gleiche Strafe verhängt, wie über die alte Tötung mit dolus indirectus, deren entarteter Sprofs ja dieser Paragraph ist.

Aber wenn wir uns die materiellen Voraussetzungen dieser Strafe vergegenwärtigen, so stimmt blofs das allerdings unverständige versari in re illicita; in Bezug auf das wichtigste, den tödlichen Erfolg, verlangt das R. St. G. nur objektive Kausalität, während das 18. Jahrhundert ein scivisse, ein eventualiter voluisse postuliert.

Nur einen Vorzug hat das moderne Recht; es bedarf in diesen Fällen nicht der Konstruktion des „indirecte voluisse"; denn es hat durch einen technischen Kniff die Folge vom Thatbestande losgelöst![55]) Und das wird als eine grofse Errungenschaft betrachtet!

Wahrlich, wenn einer dieser viel verlästerten und wenig gelesenen alten Vertreter des dolus indirectus aus dem Grabe aufstände, er hätte allen Anlafs, die wehmütigsten Betrachtungen anzustellen; o quae mutatio rerum!

Ich halte es für unnötig erst des Langen und Breiten auseinanderzusetzen, dafs es eine durch nichts zu rechtfertigende Barbarei ist, mit Rücksicht auf den zufälligen Erfolg die Strafe eines Deliktes, das sonst vielleicht mit einigen Monaten Gefängnis belegt worden wäre, auf Zuchthaus (!!!) von 10 Jahren aufwärts hinaufschnellen zu lassen, und verweise die Auseinandersetzung mit den wenigen Juristen, denen dieses Bestehende ein Vernünftiges ist, in das Dunkel des Anhanges.[56])

---

Anwendung der mildernden Umstände: Totschlag: 6 Monate Gef., §§ 226, 228: 3 Monate Gef. Im österreichischen Rechte ist das Strafmafs für die unverfälscht beibehaltene Tötung mit dolus indirectus nach § 142 St. G. und § 338 St. P. O. 1 Jahr Kerker — 10 Jahre schweren Kerkers; also nach beiden Seiten enger. Bei diesen Vergleichen ist der Verwandtentotschlag nicht berücksichtigt.

55) Wenn Thomsen 22 ff. und andere das Gegenteil behaupten, so irren sie; wäre der Erfolg Bestandteil des gesetzlichen Thatbestandes, so müfste er ja vom Vorsatze mit umfafst sein! (§ 59). Es handelt sich also um eine objektive Bedingung der Strafbarkeit, die aber, wie v. Liszt, 164, A. 3 bemerkt und Thomsen richtig des näheren ausführt, sich von den übrigen sog. „Bedingungen der Strafbarkeit" wesentlich unterscheidet.

56) Nur ein Beispiel sei mir gestattet. A zecht mit der Dirne X in einem Bordell; die X gibt ihm über jeden Zweifel sicher ihre Abneigung, resp. Nichteinwilligung zu erkennen. Nachdem die X in sinnloser Betrunkenheit daliegt, vollzieht der selbst nicht ganz nüchterne A an ihr den Beischlaf. Hier ist jeder Zweifel ausgeschlossen, dafs das Verbrechen des § 176, Z. 2 gegeben ist; ebenso zweifle ich nicht, dafs verständige Geschworene mildernde Umstände annehmen und die Richter auf das Minimum der gesetzlichen Strafe: 6 Monate Gefängnis, erkennen werden. Wenn nun die X infolge des Koitus vom Schlag getroffen wird und stirbt (oder um das Beispiel v. Liszts zu gebrauchen: wenn sie konzipiert und an der Entbindung stirbt),

Wer nun glauben möchte, dafs die Strafrahmen wenigstens dort entsprechen, wo in Bezug auf die Qualifikation Fahrlässigkeit vorliegt, befindet sich ebenfalls in einem grofsen Irrtume. Es würde sich nach der übereinstimmenden Annahme aller modernen Juristen um einen Fall von *Idealkonkurrenz* zwischen doloser Begehung des Grunddeliktes und fahrlässiger Körperverletzung oder Tötung handeln. Nun kann man ja über die Behandlung der Idealkonkurrenz sehr verschieden denken; ich meinesteils halte das in § 73 R. St. G. vertretene Absorptionsprinzip für verfehlt. Aber niemals hat ein verständiger Mensch das Prinzip aufgestellt, dafs die Strafe der Idealkonkurrenz *höher* sein soll, als die *Summe* der durch die konkurrierenden Verbrechen (oder nach der zweiten Auffassung der Idealkonkurrenz: gemäfs den konkurrierenden Gesetzen) verwirkten Strafen. Ein Blick auf die Tabelle ergibt jedoch, dafs der Gesetzgeber gerade dieses Prinzip befolgt, dafs sowohl der Durchschnitt der Strafrahmen als auch die Minima und Maxima derselben unvergleichlich höher sind, als sie sich bei einfacher Summierung der in Konkurrenz verwirkten Strafen ergeben würden. Warum sollte in diesen Fällen die Idealkonkurrenz anders zu behandeln sein, als in anderen Fällen?

Wer erst das Grunddelikt setzt, dann durch einen zweiten Akt fahrlässig tötet, soll besser daran sein als derjenige, der das Grunddelikt genau ebenso gesetzt, aber das Unglück gehabt hat, schon durch diesen Akt zu töten? Mit anderen Worten: die Realkonkurrenz von doloser Verletzung und kulposer Tötung soll ein unerhörtes Privilegium geniefsen gegenüber der Idealkonkurrenz der gleichen Delikte?

Man wird mich vielleicht auf das Mysterium der culpa dolo determinata verweisen und auf Feuerbachs Ansicht über dieselbe zurückgreifen wollen. Und ich glaube, dafs man damit wirklich den innersten Kern der Frage blofsgelegt hat. Nur wolle man sich erinnern, dafs jene culpa, welche Feuerbachs in seiner „Revision“ mit dem dolus in Konkurrenz treten liefs, ausschliefslich bewufste Fahrlässigkeit, Wissentlichkeit, war; dafs jener dolus indirectus, an dessen Stelle diese culpa dolo determinata getreten ist, ebenfalls zu einem Refugium für die schwersten Fälle der Wissentlichkeit sich ausgestaltet hatte. Und so sind auch die durch den Erfolg qualifizierten Delikte des Reichsstrafgesetzes fast durchweg typische Fälle der Wissentlichkeit; sie sind, das beweist die Geschichte des preufsischen Strafgesetzes, ursprünglich darauf gemünzt gewesen; und auch die heutige Fassung weist deutlich

---

so beträgt das Minimum der über A zu verhängenden Strafe 10 Jahre Zuchthaus! — Als entschiedene Gegner der Erfolghaftung in jeder Form möchte ich hier noch erwähnen Seuffert, Grundfragen, 21 ff., und Strafgesetzgebung der Gegenwart I, passim, bes. p. 29, und Schoberlechner in den beiden citierten Aufsätzen; doch geht der Subjektivismus Schoberlechners m. E. viel zu weit.

darauf, dafs die Wissentlichkeit als der normale Fall vorgestellt ist; das gilt, wie bereits ausgeführt, ganz besonders von den gemeingefährlichen Delikten; es gilt ebenso von der Körperverletzung mit tödlichem Ausgange; bei diesem Delikte wird es in 95 von 100 Fällen zutreffen, dafs der Thäter unbekümmert um die Folgen seiner Handlung, obgleich er sich dieser Folgen als möglicher bewufst war, blind dreingeschlagen habe. Und für diese Fälle sind auch die Strafrahmen — denen nur die systematische Durcharbeitung fehlt — ganz entsprechend, während sie für die absichtliche Herbeiführung jener Folgen nicht mehr ausreichen.

Wir kommen also zu dem relativ versöhnenden Schlusse, dafs die Ungeheuerlichkeit in der praktischen Durchführung des Schuldprinzipes nicht auf einer Verstumpfung des Gefühles für Schuld und Nichtschuld beruht; im Gegenteile, der Gesetzgeber hat für die Strafwürdigkeit der schweren Formen der Wissentlichkeit ein richtiges Gefühl. Aber unfähig, dieses Gefühl zu klarem, abstraktem Ausdruck zu bringen, hat er Kasuistik getrieben, Typen von Thatbeständen aufgestellt, die den Fehler haben, dafs sie neben den Fällen, auf die sie gemünzt sind, ausnahmsweise auch Fälle treffen, in welchen ihre Anwendung eine schreiende Ungerechtigkeit ist. Diese Typen sind offenbar auf Beweiserleichterung zugeschnitten; man könnte sie ein Faulbett der Praktiker nennen. Und so sehen wir, dafs in diesen Thatbeständen eine neue Schuldform unbeholfen aber energisch zum Durchbruch treibt: die Wissentlichkeit.[57])

Der moderne Gesetzgeber aber hat die Aufgabe, das diesen Strafsatzungen zu Grunde liegende richtige Gefühl zur klaren Erkenntnis herauszuarbeiten; er mufs es in einen allgemeinen Satz präzise formulieren, und wird dann den ganzen Plunder von Qualifikationen ruhig der verdienten Vergessenheit zuführen können.

---

## Anhang I. Die Verteidiger der modernen Erfolghaftung.

Die im Texte angefochtenen Bestimmungen werden mit folgenden Gründen verteidigt.

1. Es liege überhaupt kein reiner Zufall vor; hätte der Thäter seine Pflicht nicht übertreten, so wäre auch der Erfolg nicht eingetreten; also mindestens eine Art leichter culpa; so v. Schwarze, Komm. 5 A. 23; Reichsgericht, III Sen. 28. Sept. 1881, Entsch. V, 29 ff.; v. Rohland, Gefahr 73. Thomsen, 32, Anm. 34; vgl. auch Hälschner, I, 328 f., II, 1, 28 f. Man pflegt sich nach dem Vorgange Wahlbergs (Zeitschr. f. ges. Strafr. II, 207) auf das kanonische Recht zu berufen; dieses Argument, das zugleich eine Verleumdung des kanonischen Rechts bedeutet, hoffe ich den Herren gründlich verleidet zu haben.

---

57) In ganz ähnlicher Weise hat sich ursprünglich der dolus vom casus abgezweigt; vgl. o. S. 38, 48.

Aber selbst wenn eine culpa vorläge, so würde sie, wie bemerkt, die exorbitanten Strafrahmen nicht rechtfertigen.

2. Der Erfolg sei nicht Thatbestandsmerkmal, sondern diene nur als Mafsstab der Strafbarkeit; das Argument der bayrischen „Anmerkungen", o. S. 244 ff.; so Schaper in Holtzendorffs Handb. II, 206; Glaser in den Motiven zum österr. Entw. v. 1874, 47; v. Schwarze l. c. 22; vgl. Finger, objektiver Thatbest. 32 ff. Das ist ein rein äufserlicher, technisch-formaler Grund; was berechtigt uns denn, die Thatbestände so verkehrt einzurichten, dafs sie das wichtigste materielle Moment nicht enthalten?

3. Auch sonst spiele der Zufall im Strafrechte eine grofse Rolle; z. B. beim Versuch; es sei kein Schuldunterschied zwischen A, der tötet, B, der es nur versucht, und C, der es mit einem untauglichen Mittel versucht. Und doch welcher Unterschied in der Behandlung! So Thomsen, 31. Nun ist eben auch die Behandlung des Versuches im Reichsstrafgesetzbuch durchaus verfehlt. Aber ein grofser Unterschied besteht noch immer zwischen diesem Falle, wo der Zufall dem schuldigen Thäter zu statten kommt, wo der Staat (höchst unklug) auf sein Recht, zu strafen, verzichtet, und unseren Fällen, wo der Zufall dem Thäter zur Last fällt.

4. Einen ganz eigentümlichen Standpunkt nimmt Hugo Meyer ein; er sucht die Zufallshaftung, die in diesen qualifizierten Delikten steckt, mehr zu erklären, als zu entschuldigen. Als Anhänger der Vergeltungsidee erklärt er, dafs derartige Bestimmungen der vergeltenden Gerechtigkeit widersprechen und nur aus Gründen praktischer Gesetzgebungspolitik (Beweiserleichterung!) gerechtfertigt sind. (Gerichtssaal XXXIII, 119 ff, Lehrb. 39 f.) So sehr es erfreulich ist, dafs Meyer die Erfolghaftung grundsätzlich perhorresziert, so hätte er sie doch nicht der utilitas in die Schuhe schieben sollen. Historisch zeigt sich, dafs die ursprünglichen Formen der „vergeltenden Gerechtigkeit", Privatrache, verstaatlichte Rache, wenig Subjektivismus zeigen, während gerade die klassische Römerzeit mit ihrer utilitarischen Straftheorie die Fahne des Subjektivismus im Strafrecht hoch hält. Dafs die Erfolghaftung insofern praktisch ist, als sie den Gerichten viel Zeit und Mühe spart, die sie sonst auf die Feststellung der Schuld aufwenden mufsten, gebe ich gerne zu; aber ich protestiere dagegen, dafs dieser „oder ähnliche Gründe praktischer Gesetzgebungspolitik" neben der höheren utilitas, welche gegen jede Art von Erfolghaftung spricht, überhaupt in Betracht kommen.

5. Sehr ausführlich hat Finger, objektiver Thatbestand, das geltende Recht verteidigt; seine Ausführungen enthalten manche feine Beobachtung, stehen aber nur in lockerem Zusammenhang; ich will die Grundgedanken der Arbeit nach bestem Können darstellen.

Jede Strafgesetzgebung bedeutet ein Kompromifs verschiedener Strömungen (10); als eine dieser Strömungen, der das Gesetz noch heute Konzessionen machen müsse, wenn sie nicht als Lynchjustiz die Bande staatlicher Ordnung sprengen soll, sieht F. die mächtig im Menschen wurzelnden Rachegefühle an, die zur Erfolghaftung drängen; (S. 10, 14, 18 f., 38 f.) — Sollte der heutige Staat an Autorität, das Volk an Kultur so weit hinter den Römern zurückstehen?

Aus dem gesellschaftlichen Verkehre „bildet sich allmählich eine gewisse Anschauung über das Mafs der richtigen Reaktion gegen eine Übelthat heraus, eine Anschauung, die das Recht für die Dauer nicht ignorieren kann — es bildet sich die Anschauung, welche wir die *Gerechtigkeit im*

*Strafrechte* nennen, eine Anschauung, die ihre Wurzel nicht im bestehenden Rechte hat, sondern sich über dasselbe kritisierend und beurteilend stellt" (16).

„Das *Urteil über das Strafmafs* ist somit ein Schlufs aus mehreren Prämissen: aus dem Urteile über den Wert des verletzten Gutes und die Tiefe der Verletzung, sowie aus dem Urteile, welches die Gleichheit zwischen dem durch die Übelthat zugefügten Leide und der Strafe hergestellt findet. Danach wären es wesentlich objektive Momente, die für die Bestrafung im allgemeinen und für die Bemessung der einzelnen Strafe von besonderer Bedeutnng sind: hiermit scheinen wir einer vorlängst überwundenen barbarischen Anschauung das Wort zu reden [es ist das nicht blofser Schein!] und der heute mehr und mehr Ausbreitung gewinnenden Ansicht, die lediglich in der Subjektivität des Thäters das Moment der Strafbarkeit findet, entgegenzutreten" (22 f.).

Von dieser subjektivistischen Anschauung gesteht Finger zu, dafs sie *an sich, theoretisch, richtig, gerecht* sei! Das steht natürlich in unheilbarem Widerspruche mit dem vorigen, angeblich von der Gerechtigkeit im Strafrechte gefällten Urteile über das Strafmafs.

Warum sollen wir nun nicht diese theoretisch richtige Bahn wandeln? Weil diese Gerechtigkeit ein unerreichbares Ideal sei, vor dessen Verwirklichung sich unendliche Schwierigkeiten auftürmen; „die Erfahrung lehrt uns täglich, dafs wir in der Strafe nicht Gerechtigkeit üben wollen, weil wir es nicht können" (23 f.).

„Allerdings wird man einwenden, alle unsere Institutionen sind mit menschlichen Schwächen behaftet, sind stümperhaft; dies kann uns aber nicht bestimmen, den an sich mit unvermeidbaren Fehlern behafteten Mafsregeln auch noch *Richtungen* zu geben, die als fehlerhaft erkannt wurden". Diesen selbstgemachten sehr vernünftigen Einwand glaubt F. mit der Bemerkung abthun zu können, „dafs theoretisches Streben und Forschen sehr wohl die vernünftige und gute Richtung einer Mafsregel erkennen kann, ohne dafs dieselbe, ins Praktische übertragen, dieselbe Eigenschaft beibehalten würde". Wir müfsten uns daher bescheiden und „auf die Verwirklichung des Wunsches, Gerechtigkeit üben zu wollen [!] verzichten". Es wäre thöricht, diesen unerreichbaren Zweck zu verfolgen!

Ich kann diese Bescheidenheit Fingers nicht teilen und glaube, die meisten meiner Leser nicht erst für meinen Standpunkt gewinnen zu müssen. — Wenn F. behauptet, dafs die gerechtigkeitswidrige Regelung der Schuldfrage praktisch bessere Resultate liefert, als dasjenige Prinzip, welches er als gerecht erkannt hat, so kann ich mangels einer Beweisantretung von seiner Seite auch hier nur einfach negieren, und berufe mich zum Überflusse auf das in der Einleitung Ausgeführte.

Eines aber ist klar: wenn Finger halbwegs konsequent sein will, so kann er nur entweder seiner Gerechtigkeit No. I folgen; dann mufs er die Erfolghaftung ohne jedes Feigenblatt vertreten; oder er kann die Gerechtigkeit No. II siegen lassen, dann ist jede Erfolghaftung ausgeschlossen; ein Kompromifs zwischen den beiden Prinzipien im Sinne des geltenden Rechtes ist ein Nonsens. Finger meint: „Gewisse *Erfolge verbotener Handlungen* ergreifen die Gesellschaft sehr mächtig, und dieses Gefühl will in der Reaktion gegen die Übelthat Ausdruck finden". Ich behaupte, es ist der Gesellschaft gleichgiltig, ob die Handlung an sich schon verboten war oder nicht. Wenn jemand unabsichtlich getötet wird, so ist es, um das berüchtigteste Beispiel aus der englischen Praxis zu verwenden, der Gesellschaft

höchst gleichgiltig, ob der Schütze mit dem verhängnisvollen Schusse sein eigenes Huhn oder ein fremdes Huhn töten wollte. Wenn im Deutschen Reiche ein Schulkind vom Lehrer bei Gelegenheit einer Züchtigung zufällig getötet wird, wird da jeder Reichsangehörige anders empfinden, je nachdem in seiner Provinz der Lehrer zu der Züchtigung berechtigt war oder nicht? (nach Seuffert, Strafges. d. Gegenw. I, 29).

6. Ausnahmsweise vertritt Binding das geltende Recht dort, wo er annimmt, dafs das Grunddelikt und das qualifizierte Delikt unter eine und dieselbe Norm fallen; Normen, II, 418ff., vgl. o. 149, A. 8, Engelmann, Postglossatoren 53; er nimmt an, dafs der Wille des Thäters sämtliche in die Norm fallenden Erfolge umspannen „mufs", auch wenn sie weder vorhergesehen worden sind, noch auch voraussehbar waren. Das „ohne Bewufstsein gewollte" rechnet B. hier ausnahmsweise sogar zum dolus; von unseren Fällen würde nur § 224 unter diese Kategorie fallen. Die Theorie Bindings hängt so innig mit seiner Normentheorie zusammen, dafs sie nicht wohl gesondert widerlegt werden kann. — Für alle übrigen Fälle vertritt Binding die Ansicht, dafs Idealkonkurrenz eines dolosen und eines kulposen Deliktes vorliege.

---

## Anhang II. Die Verschuldung in den österreichischen Entwürfen.

Der letzte Ausschufs-Entwurf (709 der Beilagen zu den stenogr. Prot. des Abgeordnetenhauses XI. Session 1893) enhält folgende allgemeine Bestimmungen:

§ 54. Wenn sich jemand bei Begehung einer vom Gesetze für strafbar erklärten Handlung in einem Irrtum über Umstände befand, welche zum gesetzlichen Thatbestande gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen.

Auf fahrlässig begangene Handlungen findet die vorstehende Bestimmung nur insoweit Anwendung, als der Irrtum nicht durch Fahrlässigkeit verschuldet ist.

Hat eine Handlung Folgen nach sich gezogen, welche der Schuldige zur Zeit der That vorauszusehen nicht vermochte und welche nach der That abzuwenden nicht in seiner Macht lag, so finden auf ihn die von dem Eintritt solcher Folgen bedingten strengeren Strafbestimmungen keine Anwendung.

§ 55. Mit der Unkenntnis oder irrigen Auffassung der Bestimmungen dieses Gesetzes kann sich Niemand entschuldigen.

Mit Vorsatz und Fahrlässigkeit beschäftigen sich ex professo nur die „Allgemeinen Bemerkungen" Glasers[a]); im Anschlusse an das Reichsstrafgesetzbuch wird vermieden, „die Lehre vom Vorsatze durch Aufstellung von Begriffsbestimmungen und Einteilungen doktrinär zu behandeln"; der Verfasser glaubt, es sei nicht möglich, klare und einfache Bestimmungen zu geben; woher die Richter sich die Begriffe von Vorsatz und Fahrlässigkeit holen sollen, ob aus der „Natur der Sache" oder ihren alten Kollegienheften, bleibt dahingestellt; Glaser selbst wahrt eine diplomatische

---

[a]) Zum Entw. I v. 1874, 224 der Beilagen zu den sten. Prot. d. A. VIII. Session p. 46ff.; wieder abgedruckt in den Bemerkungen zu den Entw. d. St. G. zu 210 der Beilagen, XI. Session 1891, S. 66ff.

Reserve, und wir können nur so viel konstatieren, dafs er neben dem Vorsatz schlechthin die „auf einen bestimmten Erfolg gerichtete besondere *Absicht*“ kennt, die in einigen Fällen vom Gesetze ausdrücklich verlangt wird.

In Bezug auf die qualifizierenden Folgen schliefsen sich die Entwürfe ungefähr an das Reichsstrafgesetzbuch an, sodafs ein grofser Teil der obigen Ausführungen auch für sie gilt; der wesentlichste Unterschied besteht darin, dafs die *zufällige* Folge laut § 54 Abs. 3 nicht zugerechnet werden darf: es wird mindestens *culpa* in Bezug auf den qualifizierenden Erfolg verlangt. Dafs dies noch lange nicht genügt, habe ich bereits oben ausgeführt.

Glaser rechtfertigt diese Anomalien dadurch, dafs diese Folgen ja nicht für den Thatbestand des Deliktes, sondern nur für die Abstufung der Strafbarkeit desselben mafsgebend sind. Der höhere Strafsatz ist in solchen Fällen durch die objektive Schwere der That bedingt, es ist nicht notwendig, dafs die schwereren Folgen auch beabsichtigt gewesen seien. Also das formalistische Argument der bayerischen „Anmerkungen“. Die österreichischen Entwürfe schliefsen sich nach Inhalt und Technik so enge an das Reichsstrafgesetzbuch an, dafs die Hauptzüge des oben für das letztere Entwickelten auch für die ersteren zutreffen. Im einzelnen wären etwa folgende Erscheinungen hervorzuheben:

1. Bei der Körperverletzung ist die absichtliche schwere Körperverletzung seit dem Regierungsentwurfe von 1891 durch die schwere Körperverletzung resorbiert; die Bestimmung „hat die Körperverletzung zur Folge, dafs .....“ umfafst jetzt sowohl die fahrlässige, als die mit speziellster Absicht vorgenommene Beschädigung. Mafsgebend war dabei die Beweisschwierigkeit.[b] Daraus ergibt sich nun, dafs überall dort, wo unter Anwendung der gleichen Phrase die schwere Körperverletzung als Qualifikationsgrund auftritt, die absichtliche schwere Körperverletzung damit eingeschlossen ist; ein Resultat, das nach unserer Ansicht auch für das Reichsstrafgesetzbuch richtig ist.

2. Das dem deutschen Reichsgesetze nachgebildete österreichische Sprengstoffgesetz v. 27. Mai 1885 No. 134 R. G. B. enthält im § 4 eine dem deutschen § 5 entsprechende Vorschrift; diese gieng in die jüngeren Entwürfe über und hatte im Entw. V folgende Fassung:

„§ 338. Wer durch Anwendung von Sprengstoffen als Sprengmittel Gefahr für das Eigentum, die Gesundheit oder das Leben eines Anderen herbeiführt, wird mit Zuchthaus bis zu 15 Jahren bestraft.

Ist durch die Handlung eine schwere Körperverletzung verursacht worden, so tritt die Strafe des Zuchthauses, und wenn der Tod eines Menschen verursacht worden ist, Zuchthaus nicht unter 10 Jahren ein. Hat der Thäter den tödtlichen Erfolg voraussehen können, so ist auf lebenslängliche Zuchthausstrafe zu erkennen.“

Wäre diese Bestimmung stehen geblieben, so hätte sich ein Konflikt zwischen dem damaligen § 56 und dem argumentum a contrario aus dem Schlufspassus ergeben.

In dem Entw. v. 1891 lautet jedoch das Alinea 2:

„Ist durch die Handlung eine schwere Körperverletzung verursacht

---

[b]) Bemerkungen ex 1891, S. 298; wenn es daselbst heifst: „Diese Art der Behandlung der schweren Körperverletzung entspricht den Bestimmungen des dermalen geltenden Strafgesetzes, da auch in diesem ein besonderer Strafsatz für die in Rede stehenden Fälle nicht aufgestellt ist“, so ist dabei § 155 lit. a des St. G. übersehen.

worden, so tritt die Strafe des Zuchthauses bis zu 20 Jahren, und wenn der Tod eines Menschen verursacht worden ist, lebenslängliche Zuchthausstrafe ein."

Der Entw. 1893, § 331 mildert die Strafe, lautet aber im übrigen gleich. Es steht aufser Zweifel, dafs nunmehr der jetzige § 59 Al. 3 auch bei diesem Delikt zur Anwendung gelangt, der Erfolg also voraussehbar sein mufs. Die Motive nehmen durchaus irrig das Gegenteil an.[c])

3. Die Schwierigkeiten der Konkurrenz sind im Entwurfe ähnlich wie im R. St. G. Das Privilegium der Eisenbahnbeamten ist beibehalten (§ 343 gegen § 236).

4. Sehr bedenklich ist das in § 360 des Entw. v. 1893 geregelte Delikt:

„§ 360. Wer bei Leitung oder Ausführung eines Baues wider die allgemein anerkannten Regeln der Baukunst dergestalt handelt, dafs hieraus für Andere Gefahr entsteht, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahre oder an Geld bis zu 2000 fl. bestraft.

Ist durch die Handlung der Tod eines Menschen verursacht worden, so tritt Gefängnis von einem Monate bis zu drei Jahren ein."

Der nächste Paragraph trifft besondere Vorsorge für den Fall, dafs dieses Delikt aus Fahrlässigkeit begangen wird; folglich trifft § 360 ausschliefslich die vorsätzliche Begehung; der Vorsatz, zum mindesten das Wissen, mufs nach allgemeiner Regel (§ 54, Al. 1) auf sämtliche Teile des objektiven Thatbestandes, also auch auf die Gefährdung Anderer sich erstrecken; die gegenteilige Auffassung der Motive[d]) ist irrig. Aber selbst wenn die (unklare) Auffassung der Motive richtig wäre, so ist der Gefährdungsvorsatz doch sicherlich durch den Wortlaut des Gesetzes nicht ausgeschlossen. Die verhängten Strafen sind unverständlich milde; im Falle der Tötung tritt hier wieder eine Privilegierung gegenüber § 226 ein, was noch viel bedenklicher ist, als bei § 343.

Gegenüber dem richtig verstandenen geltenden Rechte bedeuten die österreichischen Entwürfe einen entschiedenen Rückschritt; gegenüber der bisher herrschenden Auffassung des Strafgesetzbuches aber einen entschiedenen Fortschritt.

---

[c]) Bemerkungen ex 1891, p. 381, zu § 338; vgl. eod. p. 376; Bericht des ständigen Strafgesetzausschusses von 1893, 709 der Beilagen, p. 86 zu § 331.

[d]) Vgl. Bemerkungen 1891, S. 391, Ausschufsbericht 1893, S. 89.

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS

Druck von J. B. Hirschfeld in Leipzig.

# Tabelle über die durch den Erfolg qualifizierten Delikte.

I. Berücksichtigt ist nur das Reichsstrafgesetzbuch; u. zw. nur jene Delikte, wo der Erfolg in Körperverletzung und Tötung besteht, und wo dieser Erfolg mit der Handlung in erwiesenem Kausalzusammenhange stehen muss; es sind also ausgeschieden die §§ 87, 154, 327, 328; über §§ 139, 210, 227 vgl. Binding, Hdb. I, 590, A. 7.

II. Bei den qualifizierten Delikten der §§ 307, 311, 312, 315, 322, 323 tritt in den in § 4 Einf. Ges. bestimmten Fällen die Todesstrafe ein.

III. Bei Angabe der Strafrahmen sind die Milderungsgründe berücksichtigt.

IV. Strafrahmen für Totschlag: 6 Monate G — 15 Jahre Z.
„ „ beabsichtigte schwere Körperverletzung (§ 225) 2 Jahre Z — 10 Jahre Z
„ „ fahrlässige Tötung: 1 Tag G — 5 Jahre G.
„ „ fahrlässige Körperverletzung 3 Mark Geldstr. — 3 Jahre G.

V. Z = Zuchthausstrafe; G = Gefängnisstrafe; F = Festungshaft; ∞ = Abstand zwischen lebenslänglicher Zuchthausstrafe und zeitlicher Freiheitsstrafe.

Umrechnungsschlüssel: 8 Mon. Z — 1 Jahr G.

| Das Grunddelikt und seine Strafe | Strafe des durch schwere Körperverletzung qualifizierten Deliktes | | | Strafe des durch Tod qualifizierten Deliktes | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | Strafrahmen | Erhöhung des Minimum | Erhöhung des Maximum | Strafrahmen | Erhöhung des Minimum | Erhöhung des Maximum |
| § 117. Widerstand gegen Forstbeamte etc. 1 Tag G — 5 Jahre G | 3 Mon. G — 10 Jahre Z NB. Auch bei leichter Körperverl. (§ 118.) | $2\frac{29}{30}$ Mon. G | $6\frac{2}{3}$ Jahre Z | — | — | — |
| §§ 176, 177. Notzucht, u. andere Unzucht. 6 Mon. G — 15 Jahre Z | — | — | — | 10 Jahre Z — lebensl. Z (§ 178.) | $9\frac{2}{3}$ Jahre Z | ∞ |
| § 205. Zweikampf. 3 Mon. F — 5 Jahre F | — | — | — | 2 Jahre F — 15 Jahre F (§ 206.) | $1\frac{3}{4}$ Jahre F | 10 Jahre F |
| § 220. Nichteinverständliche Abtreibung. 2 Jahre Z — 15 Jahre Z | — | — | — | 10 Jahre Z — lebensl. Z | 8 Jahre Z | ∞ |
| § 221. Aussetzung. 3 Mon. G — 5 Jahre G | 1 Jahr Z — 10 Jahre Z | 10 Mon. Z | $6\frac{2}{3}$ Jahre Z | 3 Jahre Z — 15 Jahre Z | $2\frac{10}{12}$ Jahre Z | $11\frac{2}{3}$ Jahre Z |
| §§ 223, 223a. Körperverletzung mit Ausschluss der beabsichtigt schweren Körperverl. 3 Mark Geldstr. — 5 Jahre G | 1 Mon. G — 5 Jahre Z (§§ 224, 228.) | 1 Mon. G | $1\frac{2}{3}$ Jahre Z | — | — | — |
| §§ 223, 223a, 225. Körperverletzung. 3 Mark Geldstr. — 10 Jahre Z | — | — | — | 3 Mon. G — 15 Jahre Z (§§ 226, 228.) | 3 Mon. G | 5 Jahre Z |
| § 229. Vorsätzliche Beibringung v. Gift. 1 Jahr Z — 10 Jahre Z | 5 Jahre Z — 15 Jahre Z | 4 Jahre Z | 5 Jahre Z | 10 Jahre Z — lebensl. Z | 9 Jahre Z | ∞ |
| § 239. Freiheitsberaubung. 1 Tag G — 10 Jahre Z | 1 Mon. G — 10 Jahre Z | $\frac{29}{30}$ Mon. G | 0. | 3 Mon. G — 15 Jahre Z | $2\frac{29}{30}$ Mon. G | 5 Jahre Z |
| §§ 249, 250. Raub. 6 Mon. G — 15 Jahre Z | 10 Jahre Z — lebensl. Z (§ 251) | $9\frac{2}{3}$ Jahre Z | ∞ | 10 Jahre Z — lebensl. Z (§ 251.) | $9\frac{2}{3}$ Jahre Z | ∞ |
| § 306. Vorsätzliche Brandstiftung. § 311. Zerstörung einer Sache durch explodierende Stoffe. 1 Jahr Z — 15 Jahre Z | — | — | — | 10 Jahre Z — lebensl. Z (§ 307, 1.) | 9 Jahre Z | ∞ |
| § 309. Fahrlässige Brandstiftung. 3 Mark Geldstr. — 1 Jahr G | — | — | — | 1 Mon. G — 3 Jahre G | 1 Mon. G | 2 Jahre G |
| § 312. Vorsätzliche Überschwemmung mit gemeiner Gefahr für Menschenleben. 3 Jahre Z — 15 Jahre Z | — | — | — | 10 Jahre Z — lebensl. Z | 7 Jahre Z | ∞ |
| § 314. Fahrlässige Überschwemmung mit gemeiner Gefahr für Leben oder Eigentum. 1 Tag G — 1 Jahr G | — | — | — | 1 Mon. G — 3 Jahre G | $\frac{29}{30}$ Mon. G | 2 Jahre G |
| § 315. Vorsätzliche Gefährdung des Eisenbahntransportes. 1 Jahr Z — 10 Jahre Z | 5 Jahre Z — 15 Jahre Z | 4 Jahre Z | 5 Jahre Z | 10 Jahre Z — lebensl. Z | 9 Jahre Z | ∞ |
| § 316. Dasselbe Delikt fahrlässig. 1 Tag G — 1 Jahre G | — | — | — | 1 Mon. G — 3 Jahre G | $\frac{29}{30}$ Mon. G | 2 Jahre G |
| § 321. Gefährdung von Leben oder Gesundheit Anderer durch vorsätzl. Beschädigung v. Wasserwerken etc. 3 Mon. G — 5 Jahre G | 1 Jahr Z — 5 Jahre Z | 10 Mon. Z | $1\frac{2}{3}$ Jahre Z | 5 Jahre Z — 15 Jahre Z | $4\frac{10}{12}$ Jahre Z | $11\frac{2}{3}$ Jahre Z |
| § 322. Vorsätzlicher Missbrauch von Schifffahrtszeichen. 1 Jahr Z — 10 Jahre Z | — | — | — | 10 Jahre Z — lebensl. Z | 9 Jahre Z | ∞ |
| § 323. Lebensgefährdung durch vorsätzl. bewirkte Strandung oder Sinken eines Schiffes. 5 Jahre Z — 15 Jahre Z | — | — | — | 10 Jahre Z — lebensl. Z | 5 Jahre Z | ∞ |
| § 324. Vorsätzl. Brunnenvergiftung etc. 1 Jahr Z — 10 Jahre Z | — | — | — | 10 Jahre Z — lebensl. Z | 9 Jahre Z | ∞ |
| § 326. Fahrlässige Begehung der Delikte in §§ 321 bis 324. Straflos, wenn kein „Schaden". 1 Tag G — 1 Jahr G | — | — | — | 1 Mon. G — 3 Jahre G | 1 Mon. G | 2 Jahre G |
| § 340. Körperverletzung im Amte 3 Mark Geldstr. — 5 Jahre G | 3 Mon. G — 15 Jahre Z | 3 Mon. G | $11\frac{2}{3}$ Jahre Z | — | — | — |

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Verlag von **C. L. Hirschfeld** in **Leipzig.**

Das
## private Wissen des Richters.
Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse.
Von
**Dr. Friedrich Stein,**
ao. Prof. der Rechte in Leipzig.
Preis ℳ 4.—.

---

Die
## Hegung der deutschen Gerichte
im Mittelalter.
Ein Beitrag zur deutschen Rechtsgeschichte
von
Dr. jur. **Kurt Burchard,**
Privatdozent an der Universität Leipzig.
Preis ℳ 6.—.

---

## DER CHECK.
SEINE WIRTHSCHAFTLICHE UND JURISTISCHE NATUR
ZUGLEICH
EIN BEITRAG ZUR LEHRE VOM GELDE, VOM WECHSEL
UND DER GIRO-BANK
VON
**Dr. LUDWIG KUHLENBECK,**
RECHTSANWALT BEI DEM OBERLANDESGERICHT ZU JENA.
Preis ℳ 4.50.

---

## Naturrecht,
## geschichtliches Recht und sociales Recht
von
**Dr. Reinhard Frank,**
Professor der Rechte in Gießen.
Preis ℳ —.80.

---

Der
## Grobe Unfug
(§ 360 No. 11 des Reichsstrafgesetzbuches)
von
**F. Hacke,**
Rechtsanwalt beim Reichsgericht,
M. d. R.
Preis ℳ 1.50.

Verlag von **C. L. Hirschfeld** in **Leipzig.**

# Der Schuldbegriff

als Einheit von

## Wille und Vorstellung

in ursächlicher Beziehung zum Verantwortlichkeitserfolg

von

Dr. **Ludwig Kuhlenbeck.**

Preis *M.* 2.80.

# Festgabe

# Rudolf von Ihering

zum 6. August 1892

gewidmet von der

**Gießener Juristischen Facultät.**

Preis *M.* 4.20.

Diese Festgabe enthält folgende zwei Abhandlungen, die zu den beigesetzten Preisen auch einzeln zu beziehen sind:

Kretschmar, Prof. Dr. Gustav. **Erbrechtliche Compensationen.** Ein Beitrag zur Lehre von den Vermächtnissen und der Lex Falcidia. Preis *M.* 2.40.

Jörs, Prof. Dr. Paul. **Untersuchungen zur Gerichtsverfassung der römischen Kaiserzeit.** Preis *M.* 1.80.

# Die Krankenversicherung der Arbeiter.

**Handausgabe**

des

**Krankenversicherungsgesetzes in der Fassung der Novelle von 1892**

nebst den

auf die Krankenversicherung bezüglichen Bestimmungen des Reichsgesetzes vom 5. Mai 1886 und dem Reichsgesetz über die eingeschriebenen Hülfskassen in der Fassung der Novelle vom 1. Juli 1884.

Mit Erläuterungen und Sachregister

herausgegeben von

Dr. **A. Rumpelt,**

Königl. Sächs. Amtshauptmann.

Preis gebunden *M.* 1.50.

# Das Interregnum.

## Eine staatsrechtliche Untersuchung

von

**Dr. Heinrich Triepel,**

Privat-Dozent an der Universität Leipzig.

Preis *M.* 3.—.

Druck von J. B. Hirschfeld in Leipzig.

Seite 147.
" 151.
" 157.
" 161.
" 162.
" 169.
" 170/1.
" 172 ff.
(1112 [illegible] versari in re illicita, [illegible] Irregularität [illegible])

Kanonisches R.:
Seite 139.
" 141.

Thomas v. Aquin
ein Mitbegründer [illegible]
(Seite 157 ff.)
(vergl. [illegible] 169.)

[illegible] Prozeß

BUCHBINDEREI
MÜNCHEN

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Löffler, Alexander

Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung

Bd.: 1

Leipzig 1895

Crim. 160 kxd-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11584160-4